



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

28
368

" CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD EN LOS DELITOS EN CONTRA
DE LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL EN EL CODIGO PENAL DE -
GUANAJUATO " .

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ALEJANDRO RUIZ GARCIA.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

PROLEGOMENOS

El motivo del presente trabajo tiene como fin, exponer en forma dogmática, lo referente a la "Culpabilidad y su aspecto negativo" en el Código Penal de Guanajuato de mil novecientos setenta y ocho; atendiendo a los fundamentos doctrinales y a técnicos que tuvo a bien tomar en cuenta la Comisión a través de su exposición de Motivos, y, que son tratados con mayor amplitud por los Licenciados Enrique Cardona - Arizmendi - integrante de la Comisión - y Cuauhtémoc Ojeda Rodríguez, en su obra "Nuevo Código Penal Comentado" del Estado de Guanajuato.

Para ello hemos integrado nuestro trabajo en tres partes. La primera nos proporciona el Estudio dogmático del delito "lato sensu", esto es, tomando en cuenta la fórmula heptatómica del delito, construida por el Maestro español Luis Jiménez de Asúa, y seguida esta concepción por uno de los más insignes maestros mexicanos, el Doctor Don Celestino Porte Petit Candaudap, que como catedrático de nuestra "alma mater" - ha sembrado la semilla del Derecho Penal en muchos de sus alumnos y como estudioso de la materia ha sentado nuevas bases para la mejor comprensión y aplicación de los conceptos en materia penal, en nuestra ya vieja legislación punitiva.

En la Segunda Parte estudiamos las tres posturas doctrinales referidas a la culpabilidad, que se han disputado en una batalla incruenta, la supremacía de sus principios. Analizamos en concreto la posición de la legislación guanajuatense que ostenta en relación al tema central de nuestra investigación; concluyendo con el enlace que existe entre la Teoría Psicológica y la Teoría Normativa de la culpabilidad. La última tratada únicamente en algunos de sus supuestos sin lle-

gar al "quid" de la mencionada teoría, dejando a un lado la "ratio essendi" del normativismo.

En la Tercera - y última - Parte de nuestra exposición, hacemos la aplicación concreta de la culpabilidad e inculpabilidad en la familia de los delitos en contra de la vida y la salud personal. Es una exposición bastante escuetada dados los criterios implantados por la legislación penal de Guanajuato.

Debemos ser honestos y declarar que aun cuando se han desarrollado las dos últimas partes en que se compone este trabajo, nos quedaron dudas dignas de ser tratadas y de ser esclarecidas en un trabajo mucho más amplio.

El espíritu que nos guía no es el de la crítica cruda e improductiva, "no", sino todo lo contrario, la crítica usada como uno de los instrumentos más agudos de construcción la de abrir nuevos senderos en nuestro "Derecho Penal Mexicano". No es posible seguir rigiéndonos por los conceptos del Código de 1931, es necesario evolucionar nuestras normas y criterios. Siempre buscando la humanización y la justicia en nuestras leyes punitivas, basados en un régimen de derecho congruente con nuestra realidad social, idiosincrasia y formas de vida de nuestro país. Terminamos nuestro breve prolegómeno con las palabras que pronunció el maestro Burgoa, en una de sus cátedras en la que estuvimos presentes. "Atacad siempre con la espada de la razón y no con el puñal arteno del cobarde".

EL SUSTENTANTE.

I N D I C E G E N E R A L

	PAG.
CAPITULO I.- NOCIONES GENERALES	
1) Concepción legal del delito	5
2) Teorías sobre la estructura del delito	6
3) Elementos del delito	8
4) Problemática de la prioridad lógica y Temporal y de la prelación lógica.	10
5) Concepción dogmática del delito	11
 CAPITULO II.- LA CULPABILIDAD	
1) Papel que desempeña en la Teoría del delito.	35
2) Concepto y estructura de la culpabilidad	36
a) Teoría Psicológica.	36
b) Teoría Normativa causalista.	37
c) Teoría Normativa finalista	45
3) Concepto de Culpabilidad en el Código Penal de Guana-- juato.	55
4) Análisis de las formas de culpabilidad en el Código -- Penal de Guanajuato.	59
A El Dolo.	59
a) Teorías sobre el dolo	59
b) Concepto	63
c) Elementos del dolo	66
d) Dolo directo	66
e) Dolo eventual	67
f) Dolo de consecuencias necesarias	67
B La culpa.	69
a) Concepto	69
b) Culpa con representación	71
c) Culpa sin representación	71
C La preterintencionalidad	72
a) Concepto	72

	PAG.
b) Teorías para fundamentarla.	76
c) Sus elementos	78
La Inculpabilidad	79
1) Error de tipo	81
2) Error de licitud	86
3) La Coacción	88

CAPITULO III.- APLICACION DE LA CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO EN LOS DELITOS EN CONTRA DE LA VIDA Y LA SALUD PERSONAL.

1) Homicidio	94
2) Lesiones	97
3) Parricidio	99
4) Infanticidio	108
5) Aborto	110
Conclusiones	117

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES

1) CONCEPCION LEGAL DEL DELITO.

Dar una definición o concepto del delito es siempre tautológico, sin embargo nuestra legislación mexicana ha dado por definirlo en la Parte Genral de los Códigos Penales; el de 1871 establece en su artículo 4º (delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda) ¹; el Código Penal de 1931 estatuye en su artículo 7º; "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Como se puede apreciar de la lectura de estos dos artículos, se plantea la problemática conceptual del delito, pero no se soluciona ni se descubre nada.

Algunos juristas han pretendido impugnar la legitimidad del contenido conceptual o definitorio legal del delito, sin embargo el penalista italiano Maggiore aclara con acierto: (Por fortuna son muy pocos los juristas que, -- después de haber dado la definición formal del delito (como hecho prohibido por la ley penal); impugnan la legitimidad de toda determinación de contenido). ² Pero tal parece que en México se ha hecho tradición dar una definición legal -- del delito -- salvo raras excepciones según veremos en líneas posteriores -- y entre otros ordenamientos el Código Penal de Guanajuato preceptúa en su artículo 11: (Delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible) ³; Enrique Cardona Arizmendi* y Cuauhtémoc Ojeda Rodríguez, co-

* Miembro de la Comisión para elaborar el Proyecto del Código Penal de Guanajuato.

mentan al respecto: (...la definición del delito no sólo es un valioso aporte legislativo por ser al destacar, los elementos esencialmente característicos del ilícito penal, sino que entraña la deliberada intención de los autores del nuevo Código para sentar las bases de una estructuración sistemática del Ordenamiento, toda vez que como podría observarse cada uno de los elementos característicos que constituyen la concepción técnico-jurídica admitida del delito, da pauta para su tratamiento sistemático en la ley).⁴

Por nuestra parte, no creemos que para sentar las bases estructurales y sistemáticas de este ordenamiento, se tuvo que definir a fortiori, lo que es el delito, ya que con definición o sin ella se puede estructurar y sistematizar el mencionado ordenamiento, además de que las conductas o hechos constitutivos de delito, siempre quedarán insertas y reglamentadas en la parte especial del Código Penal.

Así los anteproyectos de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949 y 1958 y el Anteproyecto de Código Penal para la República Mexicana de 1963, no definen al delito, por considerarlo irrelevante e innecesario en los Códigos; habida cuenta que (la definición de delito es siempre o casi siempre el resultado de un silogismo que plantea bien el problema pero que nada descubre)⁵.

2) TEORIAS SOBRE LA ESTRUCTURA DEL DELITO.

Se han elaborado varias concepciones para tratar de estudiar la composición del delito. Más sobresalen dos de ellas que consideramos de suma importancia dadas sus características y su composición: una la Concepción Totalizadora o Unitaria del delito, y la otra, la Concepción Analítica o Atomizadora, las cuales expondremos a continuación.

a) *Concepción Totalizadora o Unitaria del Delito.*

Sostienen los partidarios de este concepción que el delito es un bloque monolítico, inescindible, que no admite divisiones en elementos diversos y como tal se debe estudiar el delito. Antolisei al respecto escribe: [...su verdadera esencia, la realidad del delito no está en cada uno de sus componentes del mismo y tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad: sólo mirando el delito bajo este perfil, es posible comprender su verdadero significado)⁶; -- del pensamiento de este gran penalista italiano apreciamos que los partidarios de esta concepción, admiten que puede -- presentar el delito aspectos diversos, pero en manera alguna fraccionable, y concluyen que el delito es una entidad unitaria y homogénea. Posición respetable en la que no estamos de acuerdo por las razones a que haremos alusión en líneas siguientes. .

b) *Concepción Analítica o Atomizadora del Delito.*

La concepción analítica tiene como función estudiar al delito en sus propios elementos, sin dejar de percibir que todos ellos forman la unidad del delito. Consideramos que es acertada esta concepción, pues aun dividiendo al delito en elementos este no pierde su unidad, el todo esta formado de sus partes y las partes forman el todo; el delito no puede tener elementos aislados, como tampoco el átomo los tiene, si bien para su estudio lo dividimos en neutrones, protones, neutrinos etcétera, sin olvidar que es un todo por su intrínseca naturaleza. Nosotros visualizamos que la descomposición de delito en elementos, lejos de perjudicarlo en detrimento de su unidad, lo ilumina por su cabal conocimiento y estudio profundo de cada uno de los elementos del injusto, independientemente de la concepción dogmática que se tenga del delito por el número de elementos, por ende: (Estudiemos --

analíticamente el delito para comprender bien la gran síntesis en que consiste la acción u omisión que las leyes sancionan. Solo así escaparemos a la par del confusionismo no dogmático y de la tiranía política).⁷

3) ELEMENTOS DEL DELITO

Antes que todos queremos definir para fines de nuestro estudio, lo que es elemento en sentido amplio y en sentido estricto: elemento (del latín *elementum*) designa "el fundamento o parte integral de una cosa". Dentro del contexto jurídico-penal a la palabra elemento del delito, le damos una connotación restringida, con dicha forma fonética designamos "cada una de las partes en que puede ser analizado el delito y que le da existencia, al delito en general o especial".

Una vez que hemos esclarecido lo que entendemos por elemento *strictu sensu* y *lato sensu*, pasamos al estudio doctrinal del inciso que nos ocupa.

La doctrina clasifica a los elementos del delito para su estudio en:

- A) Esenciales o constitutivos; y
- B) Accidentales.

A) Los primeros o constitutivos varían según se adopte una u otra postura en cuanto a la concepción del delito por su número de elementos. Generalmente los esenciales se clasifican en una concepción triédrica a saber:

- a) Elemento esencial general material.

El elemento material u objetivo será la conducta o hecho, según la descripción típica del delito en particular, - (La conducta abarca el hacer o no hacer según el caso, y el hecho contiene la conducta, el resultado material y el nex-

causal entre la conducta y el resultado)⁸. Sin olvidar que - se pueden presentar modalidades de la conducta exigidas por el tipo.

b) Elemento esencial general valorativo.

Nos encontramos frente a la antijuridicidad, fiel reflejo del elemento general valorativo (o sea cuando habiendo tipicidad, no protege al sujeto una causa de licitud)⁹.

c) Elemento esencial general psíquico.

Este elemento se da (cuando estamos frente a la culpabilidad, en cualquiera de sus formas: dolo, con sus grados directo o eventual; culpa en alguna de sus clases, con o sin-representación).¹⁰

d) Elementos esenciales Especiales.

Denominamos elementos esenciales especiales, a aquellos que requieren las figuras delictivas; mismos que cambian de una a otra figura o delito, dándoles características propias. Podemos clasificarlos en:

a) Elementos esenciales especiales materiales u objetivos: conducta o hecho.

b) Elemento esencial especial normativo: jurídico o cultural.

c) Elemento esencial especial valorativo: antijuridicidad especial.

d) Elemento esencial especial psíquico: 1) Una determinada dirección subjetiva de la voluntad. 2) Existencia de motivos determinantes.

e) Elemento esencial especial subjetivo del injusto.¹¹

B) ELEMENTOS ACCIDENTALES

Llamamos elementos accidentales a los que no forman -- parte directa, ni influyen, en la existencia del delito; estos agravan o atenuan la pena, y son los que la doctrina ha descrito como circunstancias ¹² y originan los tipos complementados, circunstanciados o subordinados, calificados o privilegiados, según aumenten o disminuyan la pena.

4) PROBLEMATICA DE LA PRIORIDAD LOGICA Y TEMPORAL Y DE LA -- PRELACION LOGICA

a) *Prioridad temporal en el aspecto positivo del delito.*

Al respecto es realmente conciso lo que tenemos que decir, consideramos que no puede haber una prioridad temporal, supuesto que la inescindibilidad del delito no lo permite; -- en otras palabras, los elementos del delito concurren "ipso-facto", son simultáneos en su aparición.

b) *Prioridad lógica y prelación lógica en el aspecto positivo del delito.*

Permitásenos aseverar lo siguiente: no hay, no existe una prioridad lógica en el aspecto positivo del delito, lo -- que existe es una prelación lógica, puesto que para concu-- rrir un elemento, debe antecederle el correspondiente inme-- diato anterior por la naturaleza propia del delito.

Nuestro ilustre maestro Porte Petit concluye: (La circunstancia de que sea necesario un elemento para que concorra

el siguiente, no quiere decir que haya prioridad lógica, por que ningún elemento es fundante del siguiente, ni éste de -- aquel, aun cuando sí es necesario para que el otro elemento exista).¹³

c) Prelación lógica en el aspecto negativo del delito.

A grosso modo diremos que se origina la prelación lógica en el aspecto positivo del delito, cuando al presentarse el negativo no pueden concurrir los demás elementos del delito siguiente al ausente.

De lo expuesto se desprende que si en la conducta hay una hipótesis de ausencia de conducta (aspecto negativo del delito), no habrá delito: en un caso de atipicidad, habrá -- conducta o hecho, y no así la tipicidad; si hay una causa de licitud, concurrirá la conducta o hecho, la tipicidad y no ~~de~~ así la antijuridicidad. Y así sucesivamente hasta llegar al aspecto negativo de la punibilidad.

(El análisis de cada aspecto negativo de las notas esenciales del delito, con apoyo en la prelación lógica, nos demuestra en cada caso particular que notas del delito existen y cuáles no, originándose una absoluta seguridad en el señalamiento del aspecto que se presenta en cada caso concreto)¹⁴.

5) CONCEPCION DOGMATICA DEL DELITO

En este nuestro último inciso del Primer Capítulo, hemos querido analizar la concepción dogmática del delito, ---

que es la base, la cimentación que sirve para descubrir y -- profundizar los principios sin los cuáles no podría entenderse el orden jurídico-penal alguno.

El docto jurista mexicano Don Celestino Porte Petit, -- nos señala que la dogmática jurídica penal [... Consiste en el descubrimiento, construcción y sistematización de los principios rectores del ordenamiento penal positivo] ¹⁵.

La concepción dogmática que se tenga del delito varía -- según la postura que adopte uno en cuanto al número de elementos. Encontramos desde la concepción bitómica, tritómica, -- tetratómica, hasta la heptatómica.

Nosotros somos partidarios de la concepción tetratómica o sea una conducta o hecho, típica, antijurídica y culpable. Por fines didácticos y puesto que para la mayoría de -- los tratadistas causalistas ha constituido la forma más completa en que se ha estructurado el delito, haremos una breve exposición de la fórmula heptatómica que magistralmente auspiciara en España el maestro Lus Jiménez de Asúa y en nuestro Derecho Penal mexicano el maestro Porte Petit.

I.- CONDUCTA O HECHO

Hablamos de conducta o hecho según se describa una mera conducta y un resultado jurídico; o cuando hay referencia a la conducta y a un resultado jurídico y material.

A) CONDUCTA

1.- Concepto.

(La conducta consiste en un hacer voluntario o no voluntario (Culpa)) ¹⁶.

2.- Formas de conducta

Tenemos pues, que la conducta puede ser realizada por acción (hacer) o por omisión (no hacer).

a) La acción consiste en la actividad, el hacer voluntario dirigido a la producción de un resultado ya sea típico o atípico.

Son elementos de la acción:

1) La voluntad o querer que constituye el elemento subjetivo, psíquico de la acción; de cuya ausencia se sostiene la inexistencia de la acción.

2) La actividad es el elemento externo, el movimiento corporal.

3) Deber jurídico de abstenerse, existe un deber jurídico de no obrar.

b) La Omisión consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (da como consecuencia la culpa), violando una norma de carácter preceptivo.

Son los elementos de la Omisión.

2) *Inactividad. Véase lo aplicado a la omisión propia.*

3) *Deber de obrar y deber de abstenerse. Sobre el particular la doctrina señala que el deber puede emánar del precepto Jurídico, de una obligación y de un actuar o acción -- precedente que no sea doloso y el deber moral o impuesto por conveniencia.*

Nosotros adoptamos la postura que el deber de obrar y el de abstenerse se debe a la calidad de garante del sujeto -- particularmente obligado; Maurach argumenta al respecto: (La función de garantía implica una posición especial del afectado por la obligación a la masa de los restantes sujetos...., al sujeto por ello, no solamente se le impone un simple deber de acción, sino un deber precisamente dirigido a evitar el resultado típico) ¹⁸.

Las fuentes de la calidad de garante pueden resumirse en cuatro hipótesis:

a) *Un orden especial de la Ley. Apuntamos que no solo queda entendido el derecho escrito, sino también el consuetudinario y la jurisprudencia.*

b) *Asumir voluntariamente una función o ha habido una aceptación efectiva. "O sea la captación real de una especial esfera de deberes ligada a la evitación del resultado típico material.*

c) *Especiales comunidades de vida o de peligro. Cuando un sujeto se coloca en situación de miembro de una comuni*

2) Inactividad. Véase lo aplicado a la omisión propia.

3) Deber de obrar y deber de abstenerse. Sobre el particular la doctrina señala que el deber puede emánar del precepto Jurídico, de una obligación y de un actuar o acción -- precedente que no sea doloso y el deber moral o impuesto por conveniencia.

Nosotros adoptamos la postura que el deber de obrar y el de abstenerse se debe a la calidad de garante del sujeto particularmente obligado; Maurach argumenta al respecto: (La función de garantía implica una posición especial del afectado por la obligación a la masa de los restantes sujetos...., al sujeto por ello, no solamente se le impone un simple deber de acción, sino un deber precisamente dirigido a evitar el resultado típico) ¹⁸.

Las fuentes de la calidad de garante pueden resumirse en cuatro hipótesis:

a) Un orden especial de la Ley. Apuntamos que no solo queda entendido el derecho escrito, sino también el consuetudinario y la jurisprudencia.

b) Asumir voluntariamente una función o ha habido una-aceptación efectiva. "O sea la captación real de una especial esfera de deberes ligada a la evitación del resultado típico material.

c) Especiales comunidades de vida o de peligro. Cuando un sujeto se coloca en situación de miembro de una comuni-

dad de vida o de peligro, tiene el deber de actuar para evitar la lesión al bien o bienes de los cuales son titulares - otros miembros de la comunidad.

d) Por una conducta anterior peligrosa. Quien genera un riesgo, en poner en peligro un bien jurídico, tiene el deber de realizar una acción adecuada para conminar el peligro Solo es de importancia relevante, el peligro en que coloca - el bien.

(Maurach señala como un ejemplo de lo anterior la responsabilidad que por homicidio, por omisión o lesiones de la misma naturaleza se le atribuye a un hostelero que suministra a un conductor una dosis excesiva de bebidas espirituosas y no impide que Este, su cliente maneje su vehículo ocasione - algunos de los delitos señalados al atopellar a una persona) 19.

4) Resultado típico y material. Hay un resultado jurídico y un resultado material (mutación en el mundo exterior)

B) HECHO

(Por hecho entendemos a la conducta; el resultado y -- el nexo de causalidad) ²⁰.

El hecho se integra con la conducta, un resultado y -- un tercer elemento: el nexo de causalidad; la relación causal que toma existencia a través de la conducta del hombre y el resultado material producto de esa forma conductual humana.

El hecho así descrito tiene los siguientes elementos:

a) Conducta. Véase lo expuesto en relación al tema.

b) Un resultado material. Debemos entender por resultado material la mutación existente en el mundo físico, fisiológico, anatómico, psíquico o económico. Independientemente del resultado jurídico o inmaterial, según lo describa el tipo.

c) El nexo causal o relación causal entre la conducta y la mutación en el mundo exterior. El nexo causal es la conexión que existe entre la conducta y el resultado material, es una conexión o relación naturalística.

No se puede atribuir a un sujeto, un determinado resultado mientras no se demuestre que hay conexión, relación causal; del sujeto con su acción o su omisión.

Y decimos acción u omisión porque el problema de la relación causal se puede dar en los delitos de acción que producen un resultado, o en los de comisión por omisión en los que se da también un resultado material.

Para explicar la causalidad se han elaborado varias teorías y entre las más importantes encontramos las siguientes:

a) Teoría de la equivalencia de las condiciones, sostenida por Von Buri.

b) Teoría de la última condición o de la condición más próxima de Ortman.

c) Teoría de la causa eficiente, fundamentalmente elaborada por Kholer.

d) Teoría de la adecuación o causación adecuada, formulada por Von Bar.

Sería propalarse demasiado en la exposición de todas las teorías mencionadas, además de que son dignas de un estudio particular y profundo, por lo cual, nos concretamos a explicar e interpretar la primera de ellas de la cual somos -- partidarios.

a) Teoría de la equivalencia de las condiciones o conditio sine quan non.

La teoría de la conditio sine quan non se formula del modo siguiente: "Causa es la suma de todas las condiciones que convergen a producir el resultado". La causa es la suma de todas las condiciones.

Cada una de esas condiciones causales es equivalente en su valor causal, todas las condiciones son equivalentes entre sí tan importante es la primera, la intermedia o la última de dichas condiciones. Se desprende de esta teoría que el carácter causal de una condición se da: cuando suprimiendo en hipótesis dicha condición, el resultado no se produce

La teoría de la equivalencia de las condiciones ha recibido aservas críticas por parte de los estudiosos del derecho y se le han creado correctivos a la teoría, siendo de principal importancia los correctivos de la prohibición del retroceso y de la culpabilidad.

Como aludimos en párrafos anteriores somos partidarios de la teoría en exposición "mutatis mutandum". Los correctivos que se han expuesto en la teoría en estudio no tienen razón de ser, ya que lo que se pretende resolver es la mera relación natural entre la conducta y el resultado, debemos canalizar la teoría a la solución del problema de la causalidad material.

Y esta solución debe enmarcar lógicamente, dentro del elemento hecho que esta encaminado a comprobar el nexo naturalístico entre la conducta y el resultado, independientemente y para declarar a un sujeto responsable de un delito, no basta el simple hecho naturalístico, sino además, una relación psicológica entre el sujeto y el resultado, es por esa razón que no admitimos el correctivo de la culpabilidad.

Nos queda por ver a grandes rasgos la relación de causalidad o nexo causal en la omisión.

Para explicar el nexo causal en la omisión se han elaborado varias teorías que enunciamos a continuación:

- a) Teoría del Aliud actum, agere o facere.
- b) Teoría de la acción precedente.

c) Teoría de la interferencia

d) Teoría de la omisión misma.

Nosotros estamos acordes con la teoría de la omisión misma; el sujeto está obligado a realizar una conducta, la acción esperada es exigida y si se lleva a cabo tal acción y el resultado no se produce, se demuestra que la acción no era causal.

Francisco Pavón Vasconcelos nos explica de manera clara y congruente como aborda Mezger el problema de la causalidad en la omisión manejando la teoría de la equivalencia de las condiciones: (...acude Mezger al criterio de la equivalencia de las condiciones o sea el juicio hipotético ya explicado pero que se plantea a la inversa, es decir, ya no se suprime la acción realizada de manera que sino se produce el resultado se demuestra que la acción no era causal, sino que a la inversa, suponiendo hipotéticamente que se realiza la acción esperada por el Derecho, si esa acción se realiza, y el resultado no se produce, ello significa que la acción esperada se liga causalmente con el evento y que su omisión -- constituye su causa) ²¹.

Finiquitamos el tema del nexo causal en la omisión afirmando que: en la omisión solo es posible concebir una causalidad de naturaleza jurídica.

C) Clasificación de los delitos en orden a la conducta.

a) Acción, omisión o comisión por omisión

b) Unisubsistentes o Plurisubsistentes

a) Véase lo trado en los temas respectivos

b) Unisubsistente cuando se consuma en un solo acto, -
Plurisubsistente cuando requierense varios actos.

D) Clasificación de los delitos en orden al resultado.

a) Instantáneos

b) Instantáneos con efectos permanentes

c) Permanentes

d) Necesariamente permanentes

e) Eventualmente permanentes

f) Alternativamente permanentes

g) De simple conducta o formal y de resultado mate----

h) De daño y de peligro

Vamos a referirnos esencialmente a tres clasifica-
ciones:

a) Instantáneos

Son delitos instantáneos aquellos en que tan pronto se produce la consumación, se agotan, *verbi gratia*: el homicidio

g) De simple conducta o formal y de resultado material

Son delitos de simple conducta o formal, aquellos que se consuman con la realización de la conducta, *verbi gratia*: la violación, la omisión de auxilio etcétera.

Son delitos de resultado material, aquellos que al consumarse producen una mutación en el mundo exterior, *v. gr.*: el homicidio, lesiones, etcétera.

h) De daño y de peligro

Son delitos de daño, aquellos que destruyen el bien jurídico protegido.

Son de peligro, aquellos que precisamente ponen en estado peligroso el bien jurídico protegido, pero no llegan a destruirlo.

AUSENCIA DE CONDUCTA

Pueden presentarse las siguientes hipótesis:

a) *Vis Maior*

b) *Vis Absoluta*

c) Sueño

d) Sonambulismo

e) Hipnotismo

f) Movimientos fisiológicos

g) Movimientos reflejos

II.- TIPICIDAD

La tipicidad consiste en una adecuación a lo que describe el tipo. Es la concretización de la abstracción del tipo: la individuación de un hecho a la descripción legal -- formulada en abstracto.

No queremos dejar de mencionar la diferencia que existe entre tipo y tipicidad, si bien hemos dado el concepto del segundo término, haremos una síntesis de lo que es el tipo, sus elementos y su clasificación.

A) Tipo

El tipo es la creación que hace el legislador, la hipótesis prevista por una norma y de cuya realización da vida al delito, es decir, es la descripción que hace el legislativo de una determinada conducta o hecho antijurídico y que por ende constituye delito.

Una de las principales funciones y fines del tipo es la de garantizar la seguridad jurídica ²², al ponderar el --

principio "nullum crimen nulla poena sine lege".

B) *Elementos del tipo*

a) *Presupuesto de la conducta o hecho*

b) *Bien jurídico*

c) *Bien material*

d) *Sujeto activo*

e) *Sujeto pasivo*

f) *Referencias temporales*

g) *Referencias espaciales*

h) *Medios*

i) *Elementos normativos*

j) *Elementos subjetivos*

C) *Clasificación en orden al tipo*

a) *Normal o anormal*

b) *Especiales, privilegiados o cualificados*

- c) Fundamental o básico
- d) Autónomo o independiente
- e) Complementados circunstanciados o subordinados
- f) De formulación libre
- g) De formulación casuística
- h) Alternativamente y acumulativamente formados en --
cuanto a los medios.
- i) De resultado cortado o consumación anticipada
- j) Otras clasificaciones ²³

..ATIPICIDAD

Habrã atipicidad cuando no haya adecuaci3n a lo descri-
to por el tipo.

Las causas de atipicidad pueden ser:

- a) Ausencia del presupuesto de la conducta o hecho
- b) Ausencia de la calidad del sujeto activo requerida
en el tipo.
- c) Ausencia de la calidad del sujeto pasivo requerida
en el tipo
- d) Ausencia de bien jurldico

- e) Ausencia de bien u objeto material
- f) Ausencia de referencias temporales requeridas por el tipo.
- g) Ausencia de referencias espaciales requeridas en el tipo.
- h) Ausencia de medios exigidos en el tipo.
- i) Ausencia de elementos normativos exigidos por el tipo
- j) Ausencia de elementos subjetivos exigidos en el tipo.

Cuando existe una atipicidad, tres pueden ser las consecuencias, que produce esta disconformidad típica:

- 1) No integración del tipo
- 2) Traslación de un tipo a otro tipo
- 3) Existencia de un delito imposible.

III.- ANTIJURIDICIDAD

Consideramos que la antijuridicidad es un juicio de disvalor objetivo de la infracción a la ley penal vigente. Postulado la fórmula tradicional de conceptuar la antijuridicidad diríamos que la antijuridicidad es todo lo contrario a id erecho (concepto negativo).

Tenemos pues, que una conducta o hecho es antijurídico, cuando siendo típica no está bajo la égida de alguna causa de justificación.

CAUSAS DE JUSTIFICACION.

(Se denominan causas o fundamentos de justificación a determinadas situaciones de hecho y de derecho cuyo efecto -
 es excluir la antijuridicidad de la acción.)²⁴

Las causas de justificación son:

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

IV.- IMPUTABILIDAD

La imputabilidad o capacidad de culpabilidad es el conjunto de condiciones psico-somáticas de un sujeto para hacerlo responsable de un hecho delictivo. O como lo manifiesta - Sandra Tatiana Cantú Creel en su tesis de licenciatura, (... la imputabilidad consiste, en la capacidad del sujeto para - poder ser culpable es decir, que tenga la capacidad de enten-
der y de querer).²⁵

IMPUTABILIDAD DISMINUIDA

Sobre el tema el Dr. Sergio García Ramírez comenta: (De la teoría general de la imputabilidad se desprende la imputa-
bilidad disminuida, bajo ese supuesto de que ciertas alteraciones de la mente o determinada falta de desarrollo psíquico

entorpece sin anularla, la capacidad del sujeto para entender el carácter antijurídico de su conducta o determinarse su forma autónoma. Este punto de vista ha congregado acres censuras: se somete a una pena disminuída a quien es más peligroso, por el entorpecimiento de su capacidad de entender y de querer. - Empero, no es cierto que el menos imputable sea, por necesidad, el más peligroso; ni tampoco riñen inexorablemente, la fórmula del estado peligroso y la imputabilidad disminuída²⁶.

ACTIO LIBERAE IN CAUSAE

Se presentan las acciones libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto, cuando se exige la capacidad de entender y de querer en el sujeto, al tiempo de realizar la conducta delictiva.

La Licenciada. Cantu Creel en su interesante estudio de las *actio liberae in causae*, a las que ella denomina "conducta libre en su causa" determina: (Existe por tanto, conducta libre en su causa, cuando el sujeto teniendo capacidad de entender y de querer, comisivamente se coloca voluntaria o culpablemente en un estado de incapacidad de culpabilidad, o de ausencia de conducta; u omisivamente no evita en forma voluntaria o culposa la presentación de dichas hipótesis, produciendo un resultado típico)²⁷.

INIMPUTABILIDAD.

Las causas de inimputabilidad son por:

- a) Falta de salud mental. Trastorno mental permanente
- b) Falta de desarrollo mental. Minoría de edad.

c) Retraso mental

d) Trastorno mental transitorio

V.- CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

Sobre el tema tendremos oportunidad de tratarlo en el Capítulo siguiente "in extenso". Motivo por el cual omitimos su tratamiento en este apartado.

VI.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Las condiciones objetivas de punibilidad²⁸ son elementos objetivos adicionales de la figura criminal exigida por la ley para la imposición de la pena, es decir: son condiciones de naturaleza objetiva y extrínsecas a la conducta o hecho y de cuya realización depende la punibilidad.

AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Habría ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, cuando no aparezcan esas condiciones exigidas por la ley.

VII.- PUNIBILIDAD.

Es el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta o hecho delictuosa.

En otras palabras, es el ejercicio del *ius puniendi* - por parte del Estado, en respuesta a la comisión de un delito.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

(Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena)²⁹.

VIII.- ITER CRIMINIS

Le llamamos "iter criminis" o caminos del delito al interin en el tiempo en que el delito apunta como idea en la mente, hasta su terminación.

A) Fases del iter criminis

El iter criminis presenta dos:

a) Interna, Abarca tres etapas o periodos:

- 1) Idea criminosa o ideación.
- 2) Deliberación.
- 3) Resolución

b) Externa. Tiene los siguientes momentos:

- 1) Manifestación
- 2) Preparación
- 3) Ejecución (tentativa o consumación)

B) Tentativa

(Hay tentativa cuando el culpable dá principio a la -- ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento).³⁰

La tentativa puede ser:

a) Inacabada

- 1) Querer el resultado típico
- 2) Un comienzo de ejecución o inactividad
- 3) No consumación por causas ajenas a la voluntad del agente.

b) Acabada

- 1) Querer el resultado típico
- 2) Una total realización de los actos de ejecución o - inejecución.
- 3) No consumación por causas ajenas a la voluntad

c) Imposible.

- 1) Por falta de objeto material
- 2) Por falta de bien jurídico tutelado
- 3) Por medios no idoneos.

C) Concurso de delitos.

a) *Concurso ideal o formal. Con una sola conducta o hecho se violan diversas disposiciones penales (varios delitos).*

b) *Concurso real o material. Cuando con varias conductas o hecho se violan diversas disposiciones penales.*

D) Participación

a) *Autor intelectual*

b) *Autor material*

c) *Autor mediato*

d) *Coautor*

e) *Cómplices.*

NOTAS · BIBLIOGRAFICAS.

- 1.- PORTE PETIT, Celestino. *Legislación Penal Mexicana Comparada*. México, 1946, p.p. 11-12.
- 2.- *Derecho Penal*. Bogotá. 1971. Vol. I, p. 253
- 3.- *Código Penal del Estado Libre y Soberano de Guanajuato*. - México, 1978, p. 13.
- 4.- *Nuevo Código Penal del Estado de Guanajuato*. México, 1978 p. 87.
- 5.- JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos-Aires, 1963. Tomo III, p. 24
- 6.- Citado por Porte Petit. Celestino. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. México, 1977, p. 241.
- 7.- JIMENEZ DE ASUA. Luis. *La Ley y el Delito*. Buenos Aires, 1976, p. 208.
- 8.- C. Porte Petit. *Apuntamientos.....*, p. 272.
- 9.- *Loc. cit.*
- 10.- *Loc. cit.*
- 11.- C. Porte Petit. *Apuntamientos.....*, p.p. 272-273.
- 12.- *ibid.*, p. 275 y ss.
- 13.- *ibid.*, p. 284
- 14.- *ibid.*, p. 286
- 15.- *Importancia de la Dogmática Jurídico Penal*, México, 1954 p. 13
- 16.- C. Portes Petit, *Apuntamientos.....*, p. 295
- 17.- *ibid.*, p. 311
- 18.- Citado por la Doctora Olga Islas de Gonzalez Mariscal. *La Omisión Impropia o Comisión por Omisión*, *Revista Mexicana de Derechos Penal*. México, Cuarta Epoca, No. 12, Abril-Junio 1974, p. 16.

- 19.- *ibid.*, p. 17
- 20.- C Porte Petit, *Apuntamientos....*, p. 236
- 21.- *La Causalidad en el Delito. Criminalia*. México, Año XL, Nos., 1-2, Enero-Febrero 1974, p. 18.
- 22.- Cfr. Vidal Riveroll, Carlos. *El Tipo y la Tipicidad*. -- *Revista de Derecho Penal Contemporáneo*. UNAM. México, - No. 12, Enero-Febrero 1966, p. 39 y ss.
- 23.- *ibid.*, p.p. 71-72
- 24.- FONTAN BALESTRA, Carlos *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1966. Tomo II, p. 77
- 25.- *Breve Ensayo sobre la Conducta Libre en su Causa*, *Anales de Jurisprudencia*. Reedicción de "Estudios Jurídicos". México 1970. Tomo 152, p. 11
- 26.- *La Imputabilidad en el Derecho Penal Federal Mexicano*. UNAM. México, 1968, pp. 14-15
- 27.- S. Cantu, *Breve Ensayo....*, p. 51
- 28.- Cfr. Gil Ramírez, Arturo. *Ensayo sobre las Condiciones Objetivas de Punibilidad*. *Revista de Derecho Penal*. México. Cuarta Epoca. No. 13, Julio-Septiembre 1974, p.- 17 y ss.
- 29.- CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales - de Derecho Penal*. México, 1963, p. 371
- 30.- L. Jiménez, *La Ley y el Delito*. p. 475

CAPITULO II

LA CULPABILIDAD.

1) PAPEL QUE DESEMPEÑA EN LA TEORIA DEL DELITO.

Desde nuestro punto de vista consideramos a la culpabilidad como la parte más delicada del Derecho Penal y lo hace notar con una claridad meridiana el maestro Jiménez de Asúa de la forma siguiente: (...al llegar a la culpabilidad, es cuando el intérprete ha de extremar la finura de sus armas, para quedar lo más ceñido en el proceso de subsunción el -- juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró)¹.

A nuestro parecer la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito alrededor del cual gravitan los demás elementos del injusto. La situamos como la espina dorsal de la estructuración del delito en su Parte General.

(No sólo agregamos, es la parte más delicada, sino -- que es en realidad la más amplia, es el tema central de la parte general del Derecho Penal, no únicamente en consideración a las bases y presupuestos que la fundamentan y a las especies en que se dividen (dolo y culpa) o sea las formas que asumen su contenido en orden a la distinta vinculación subjetiva que se da entre un sujeto y un hecho, o como más -- correctamente expresa la teoría normativa, a la distinta referencia anímica o conducta psicológica que guarda el sujeto al cometer su acción, sino en atención además al principio -- que modernamente impera en la doctrina penal y es plasmado -- por la legislación positiva de todos los países civilizados, de la responsabilidad por la culpabilidad).²

2) CONCEPTO Y ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD.

La concepción y estructura de la culpabilidad va a tener la diferente matiz según la teoría de la culpabilidad -- que se adopte. Encontramos entre las teorías que han tenido -- mayor trascendencia la Psicológica, la Normativa causalista y la Normativa finalista, de las cuales haremos una breve exposición para diferenciar los postulados que enarbolan al -- llegar a la culpabilidad; que como expresamos en líneas anteriores es el tema central de la Parte General del Derecho Penal.

AI TEORÍA PSICOLÓGICA

La concepción psicológica de la culpabilidad centro o -- tuvo su núcleo en la relación o nexo psicológico que media -- entre el sujeto y el resultado.

De lo descrito se desprende que la culpabilidad tiene -- dos elementos, uno volitivo y otro intelectual. (El primero, -- indica la suma de dos quererres: de la conducta y del resulta -- do; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la anti -- juricidad de la conducta) ³.

Los presupuestos de índole psicológica son el dolo y la -- culpa: (Por ende, el hombre es culpable, con toda simplici -- dad, por haber obrado dolosa o culposamente. Sólo la psique -- del autor es lo que debe considerarse para esta teoría de la -- culpabilidad) ⁴.

En Argentina Sebastián Soler defiende la teoría psico -- lógica de la culpabilidad con cierto desatino, ya que el mis -- mo cae en un normativismo psicológico, pues las bases de la -- culpabilidad las radica en dos elementos.

1) La vinculación del sujeto con el orden jurídico, que se denomina elemento normativo de la culpabilidad; y,

2) La vinculación subjetiva del individuo a su hecho, - que es el elemento psicológico de la culpabilidad.

A lo cual se apresura a aclarar: (En realidad, los dos elementos son psicológicos; pero mientras el uno atiende a - la relación del sujeto con una instancia de responsabilidad - y, por tanto. Presupone una valoración normativa, el otro, - al considerar las relaciones del sujeto con el hecho, atiende a una situación puramente psíquica y despojada de valoraciones)⁵.

Y concluye su normativismo psicológico con esta aseveración:

(La culpabilidad proviene de la comprobación de la discordancia subjetiva entre la valoración debida y el disvalor creado: conciencia de la criminalidad del acto)⁶.

Para concluir esta exposición aseveramos junto con Me^zger que un puro psicologismo, no ha existido nunca.

B) TEORIA NORMATIVA CAUSALISTA

En 1907 surge a la luz del derecho penal, una nueva -- concepción en materia de culpabilidad y en un estudio denominado "Estructura del concepto de culpabilidad", del profesor Reinhart Frank, con motivo al homenaje rendido a la Facultad de Derecho de la Universidad de Giessen.

Es entonces cuando Frank estiliza el término reprochabilidad: [Culpabilidad es reprochabilidad]⁷, y (un comportamiento prohibido puede ser imputado a alguien como culpable cuando le podamos hacer un reproche por haberlo asumido)⁸.

(Para que a alguien se le pueda hacer un reproche por - su comportamiento, hay un triple presupuesto:

1o. Una aptitud espiritual y normal del autor a lo que llamamos imputabilidad. Si es que existe en un sujeto es se guro que, en general a él le podemos hacer un reproche por - su comportamiento antijurídico aún cuando no lo sea todavía - que corresponda un reproche en el caso particular. Para esto importa, por de pronto;

2o. Una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o aún la posibilidad de ésta, de manera que o bien aquél discierne sus alcances (dolo) o lo podía discernir (imprudencia). Sin embargo, aún cuando se dé esa exigencia, no está, sin más ni más, fundado un reproche. Para ello es necesario que además, concorra.

3o. La normalidad de la circunstancia en las cuales el autor obra. Si un sujeto imputable realiza algo antijurídico discerniendo pudiendo discernir los alcances de su acción, -- desde el punto de vista del legislador en general, puede hacerle un reproche. Pero lo que es posible solo en general puede no serlo en el caso particular, y así desaparece la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes comportaban para el autor o para un tercero un peligro del cual precisamente la acción prohibida lo podía salvar]⁹.

En suma podemos concluir que la caracterización de esta doctrina o su "ratio essendi" es el reproche que tiene como base las motivaciones y el carácter del agente; refiriendo como *conditio sine qua non*, el que se le puede exigir un comportamiento conforme a derecho.

(Para la concepción normativista de la culpabilidad ésta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad). Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir que, partiendo del hecho concreto y psicológico, a de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actividad psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de estos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Solo podremos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretenciones del derecho. En suma, la concepción normativista se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exhibición. La culpabilidad es, pues, un juicio, y, al referirse al hecho psicológico es un juicio de referencia,....)¹⁰; es así como la concepción normativa le da el contenido de reproche a la culpabilidad.

Encontramos como otro de los normativistas más destacados a James Goldschmit quien despoja de todo contenido psicológico a la culpabilidad, sostiene la independencia de la norma de deber (valor a la conducta interna) frente a la norma de Derecho (que valora la conducta externa); así el juicio de culpabilidad queda constreñido a la exigibilidad de una determina

da conducta y a la no motivación por la representación del deber jurídico a pesar de la exigibilidad.

La culpabilidad consiste entonces en el reproche -- por no haber obrado, pudiendo hacerlo acorde con el deber jurídico.

(Goldschmit afirmaba que el elemento normativo de la culpabilidad era la contrariedad del deber y en modo alguno la "normal motivación", que no considera más que un "síntoma del elemento de la culpa". La conciencia de la antijuricidad y el dolo mismo, no podían pertenecer a la valoración, porque la culpabilidad no es la "voluntad de contrariar al deber" sino la "contrariedad al deber de la voluntad". El dolo es una verdadera relación psicológica, pero el elemento normativo no es el dolo, sino que está a su lado, "Este elemento normativo para el dolo es independiente de la existencia de la imputabilidad como "presupuesto de la culpabilidad, pero no el dolo mismo. Tampoco la culpa pertenece a la valoración, de modo que se ve forzado a fundarla en otra forma y choca con los mismos inconvenientes que enfrentara el Psicologismo, lo que salva acudiendo a una comparación: aquí la relación psicológica no es inmediata como no es inmediata la relación causal en los delitos impropios de omisión. Años después desarrolló nuevamente Goldschmit sus puntos de vista. Nuñez se expresa al respecto con gran acierto. "Es Goldschmit quien da aquí también un paso hacia la meta del normativismo. Goldschmit descarga la culpabilidad de sus elementos de hecho, colocando la imputabilidad, al dolo o a la culpa, y a la motivación normal como presupuestos de la inculpabilidad. En su teoría, la culpabilidad es solo un juicio de reproche que se compone de la exigibilidad (deber de motivarse por la repre--

sentación del deber jurídico a pesar de la exigibilidad. En la doctrina de Goldschmit, los elementos de hecho de la culpabilidad de la teoría de Mezger son sólo presupuestos de la -- culpabilidad, porque sobre ellos descansa el "poder" [de actuar en conformidad al deber jurídico] que presupone la exigibilidad¹¹.

Toca su turno a uno de los grandes maestros de Alemania, al profesor Edmundo Mezger, quien hace una de las construcciones más sólidas acerca de la teoría normativa de la -- culpabilidad. (El juicio de culpabilidad -escribe textualmente el Profesor de Munich- es sin duda un juicio en referencia a una determinada situación de hecho, y por tanto un juicio de referencia, como se ha denominado en la literatura [científica]: pero esta referencia a una determinada situación de hecho no agota de por sí su naturaleza esencial, y solo mediante una valoración de cierta índole se caracterizará la fáctica situación culpabilidad. La culpabilidad no es, por tanto, sólo la situación de hecho de la culpabilidad, sino esta situación fáctica como objeto del reproche de culpabilidad. En suma culpabilidad es reprochabilidad)¹².

Para Mezger queda estructurada la culpabilidad con los siguientes elementos:

1) Imputabilidad, que viene formado parte integrante de la teoría de la culpabilidad.

2) Dolo o culpa, como referencia psicológica del autor a su acto.

3) Ausencias de causas de exclusión y concomitante con-
estas causas de exclusión existe una general denominada "no e-
xigibilidad de otra conducta conforme a derecho".

Finalmente nos queda por exponer el pensamiento del ---
maestro Luis Jiménez de Asúa, quien con su acostumbrada clari-
dad de ideas nos dice sobre el tema: (La culpabilidad dijimos,
no es un mero proceso psicológico, cognoscitivo y volitivo;-
representa un proceder de motivación reprochable por parte del
sujeto. Por ende, aunque es necesario partir del acto concre-
to (debiéndose rechazar la culpabilidad del carácter y todas-
las restantes doctrinas que generalizan, personalizando, la -
culpabilidad:...., no basta ese elemento psicológico de dolo-
o culpa, sino que se precisa examinar y apreciar los motivos-
del agente, que nos conducirán a más profundos estratos de su
carácter y a la peligrosidad que revela, con el fin de deter-
minar en sus justos grados la reprochabilidad: es decir, la -
culpabilidad del delincuente. Ahora bien, esos elementos (psí-
cológico, el motivador y el caracterológico), nos conducen al
núcleo del asunto: la exigibilidad. Sólo es reprochable, lo exi-
gible; es decir, que únicamente es culpable aquél a quien pu-
dieramos exigir que procediera de otro modo a como lo hizo al
vulnerar la norma. A saber, que se condujese de acuerdo con-
las pretensiones del Derecho, expresadas no en una norma autó-
noma del deber, sino en una antijuricidad tipificada, que del
lado agente se contempla como oposición al deber de respetar-
la norma de cultura} ¹³.

El contenido del juicio de culpabilidad para el Maestro
Jiménez de asúa, queda formado de la siguiente manera:

10. Referencia al acto (contenido psicológico).

20. Referencia a los motivos (parte motivadora)

30. Referencia a la total personalidad del actor (parte caracterológica).

LA EXIGIBILIDAD

(Hay un punto de contacto entre psicólogos y normativistas, que nos hemos esforzado en subrayar: el juicio de reproche que recae, de modo inmediato, sobre el acto, y mediatamente sobre el autor)¹⁴. [La valoración normativa es tan esencial como el contenido psicológico de la culpabilidad y la -- convierte en jurídica. Visto en términos dogmáticos, el nexo o ligadura psíquica entre el autor y su acto es el substratum de la culpabilidad la llamamos situación fáctica de la culpabilidad, sobre la que ha de recaer el juicio valorativo]¹⁵.

Nosotros nos adherimos a la opinión del maestro Luis -- Jiménez de Asúa, consideramos que el juicio de culpabilidad -- debe referirse al hecho psicológico que tiene por contenido -- el acto de voluntad del autor, por los motivos y su total -- personalidad, y creemos necesario hacer una breve referencia a la forma como se realiza el juicio de culpabilidad sobre los elementos motivadores y caracterológicos del autor de la conducta anti-jurídica.

10. Referencia al acto (contenido psicológico).

El juicio de culpabilidad recae en primer término sobre el acto jurídico (juicio de disvalor objetivo) realizado por el sujeto. El acto se atribuye al agente como causa moral en conexión o nexo psíquico con el causante, a título de dolo o culpa. El reproche se formula graduando la voluntad del au--

tor, Esto es tomando en consideración la intencionalidad o la no intencionalidad que rige el comportamiento fáctico.

20. Referencia a los motivos (parte motivadora).

Este es el complemento de lo anterior y alude a la motivación del acto, a la formación de la voluntad, sobre el mecanismo psíquico precedente que impulsó a actuar al sujeto la indagación de los motivos nos dará el grado de culpabilidad o existencia de la misma en casos concretos, ya atenuando o --agravando (graduación de la culpabilidad) la misma. Bástenos citar el móvil honoris causa como atenuante de la culpabilidad en el delito de aborto o el homicidio con móviles depravados como causa de mayor culpabilidad.

Pero en el aspecto negativo de la culpabilidad es en --donde la motivación alcanza su mayor eficacia como veremos en líneas posteriores.

La motivación normal fija los límites de la exigibilidad, y, por consecuencia lógica, los del reproche. La motivación anormal da cabida a las causas de inculpabilidad supralegal.

30. Referencia a la total personalidad del actor (parte caracterológica).

El juicio de culpabilidad recae sobre la personalidad--del autor, si la motivación psíquica que ha impulsado al sujeto sirve de complemento a la captación psicológica del hecho, tal motivación sirve de puente para adentrarse profundamente-

en la personalidad del autor.

Podemos resumir, que se trata de la imputabilidad del acto y de la capacidad de imputación. El problema de la referencia a la total personalidad del autor tiene como fin el de declarar que si la conducta es de un "imputable", éste tiene que responder al reproche que se le formula.

Concretizando la exigibilidad es la *ratio iuris* que da fundamento a la atribución de culpabilidad. Debe obrar el autor en conformidad con el "deber" de respetar la norma siempre y cuando al actuar no se le pueda exigir otra conducta -- que la que el siguió, "pudiendo" valorar los resultados de su proceder frente a lo que acontecería si obrara de otra modo; -- nonplus ultra humanamente, la motivación anímica prevalece al deber de comportarse conforme a Derecho.

(La esencia de la culpabilidad reside, por tanto en la exigibilidad de conducirse de acuerdo con el deber de respetar las disposiciones jurídicas) ¹⁶, únicamente cuando se com pruebe la exigibilidad puede formularse el juicio de reproche y sólo cuando se le reprocha a alguien, podrá haber o presumirse la culpabilidad.

C) TEORIA NORMATIVA FINALISTA

Únicamente nos resta exponer la teoría finalista de la acción que es la que mayor auge ha tenido en las últimas décadas. Prima facie nos ocuparemos de exponer el pensamiento Welzeniano en la concerniente a la culpabilidad; y en segundo término trataremos de hacer una breve exposición del sistema Wel

zeniano de la acción finalista, ya que no podemos substraernos a la tentación de dejar aunque sea a grandes rasgos las premisas en que se basa esta nueva concepción del delito como sistemática penal.

Así pues Hans Welzel empieza elucubrando que: (La responsabilidad por las acciones antijurídicas es la culpabilidad)-¹⁷. (La culpabilidad no se agota en esta relación de disconformidad substancial entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aún cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el Derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del Derecho. El hubiera podido motivarse de -- acuerdo a la norma. En este "poder en lugar de ello" del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica).¹⁸.

(La voluntad como rectora de la conducta es el objeto - primario del juicio de reproche. Culpabilidad es "reprochabilidad" de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto "culpabilidad de voluntad").¹⁹

La esencia de la culpabilidad según la teoría de la acción finalista reside en la "reprochabilidad", en el poder en lugar de ello del autor en relación a su estructuración antijurídica de la voluntad.²⁰

La teoría final de la acción limita el reproche de culpabilidad a la valoración del objeto y asigna al dolo como especie de voluntad final de la acción, al tipo subjetivo de los

delitos dolosos.

Desligada la culpabilidad de los elementos subjetivos - conserva únicamente el criterio de reprochabilidad basado en los presupuestos²¹:

1) Que el autor es capaz, atendidas sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma [los presupuestos --- existenciales de la reprochabilidad]: la "imputabilidad".

2) Que él está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto [los presupuestos especiales de la reprochabilidad; la posibilidad de comprensión de lo injusto].

1) La capacidad de culpabilidad o de imputabilidad, es capacidad de autor y contiene dos fases a) la de comprender - lo injusto del hecho, y b) de determinar la voluntad conforme a esta comprensión.

[La capacidad de culpabilidad tiene, por tanto, un momento cognositivo [intelectual] y uno de voluntad [volitivo]; la capacidad de comprensión de lo injusto y de determinación de la voluntad....]²²: Cuando no se da alguno de estos momentos el autor no es capaz de culpabilidad (es inimputable).

2) [La reprochabilidad presupone además de que el autor capaz de culpabilidad respecto del hecho concreto habría podido estructurar en lugar de la voluntad antijurídica de la acción una conforme a derecho: Ese es el caso cuando ha recono-

cido lo injusto de su hecho o ha podido reconocer)²³.

Una vez expuesta la teoría de la culpabilidad permítase nos, como dijimos anteriormente, esbozar a grosso modo la sistemática finalista; aunque por su extensión no es posible hacer un estudio exhaustivo de la misma. Sin embargo daremos - unas líneas generales, una panorámica integral.

ANÁLISIS DEL DELITO EN LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN

TEORÍA DE LA ACCIÓN

Concepto

{Acción humana es ejercicio de actividad final}²⁴, la actividad final es el obrar encaminado conscientemente desde - el fin.

{La dirección final de una acción se lleva a cabo en -- dos etapas:

a) La primera transcurre totalmente en la esfera del pensamiento.

Emplea con:

1o) La anticipación (el proponerse) del fin; que el autor quiere realizar. De ello sigue a partir del fin.

2o) La selección de los medios de la acción para la con

secusión del fñ.

30) La consideración de los efectos concomitantes, que van a unirlos a los factores causales considerados junto a la consecución del fñ.

b) De acuerdo con la anticipación mental del fñ, la elección de los medios, y el cómputo en el cálculo de los efectos concomitantes, el actor efectúa su acción en el mundo --- real. Pone en conocimiento, conforme a un plan, los medios de acción (factores causales) escogidos con anterioridad, cuyo resultado es el fñ junto con los efectos concomitantes que se han influido en el complejo total a realizar) ²⁵.

Ejemplifiquemos con el siguiente caso: (A y B quieren robar a X, después de reducirle previamente a la impotencia. Como medio para ello consideran, en primer lugar, un cinturón que pretenden emplear en el cuello de la víctima. Como, sin embargo, con tal proceder cuentan con que la víctima muera asfixiada y quieren evitarlo, descartan este medio y eligen un pequeño saco de arena, con el cual aturdirán a X, al principio ejecutan de este modo el hecho; su realización está dirigida tanto a la consecución del fñ (el botín), como a evitar los efectos concomitantes (la muerte de X). Sin embargo, como el saco de arena no aturde a X, los autores acuden al primer medio. Estrangulan a X con el cinturón hasta que pierde el conocimiento y lo dejan abrochado con la hebilla en torno al cuello de X, mientras recogen el botín. Cuando posteriormente a flojan el cinturón, X ha muerto asfixiado, dado que ellos, como muestra su plan originario, contaban con el desenlace mortal al estilizar ese medio se extiende su voluntad de realización, para la configuración de ese hecho, también el efecto concomitante que lleva consigo. Los autores han modificado aquí la primitiva dirección de la acción, que llevaba a la ob

tención del fin evitando la muerte de X, de modo que han incluido en su voluntad de realización los efectos concomitantes posibles como parte del resultado total a efectuar para el logro del fin²⁶.

(La segunda etapa de la dirección final se lleva a cabo en el mundo real. Es un proceso causal en la realidad, sobre determinado por la definición del fin y los medios en la esfera del pensamiento. En la medida en que no se logran la sobre determinación final en el mundo real-p. ej., cuando el resultado no se produce por cualquier razón-, la acción final correspondiente es sólo intentada)²⁷.

(En contraste con la relación causal, en la cual todas las consecuencias están determinadas causalmente, pertenecen a la relación final sólo aquellas que han sido incorporadas a la voluntad anticipada de realización. No existe una acción final "en sí" o "absoluta", sino solamente en relación a las consecuencias antepuestas por la voluntad de realización. La enfermera que coloca, sin saberlo, desde luego, una acción de inyectar final, pero no una acción matar. Una acción final de matar existe no solamente cuando la muerte era la meta de la actividad de la voluntad, sino también cuando consititula el medio para otro fin ulterior (p. ej. para heredar al muerto) o si era una consecuencia concomitante incorporada a la voluntad de realización (p. ej., la muerte por asfixia de X en el caso anterior). Por ello, una acción final en razón de su referencia a las diversas consecuencias dispuestas voluntariamente puede tener un sentido de acción múltiple)²⁸.

TIPO Y TIPICIDAD

(Tipo es la determinante descripción de una determinada conducta humana antijurídica)²⁹.

(El Tipo es, por lo tanto, en primer lugar acción tipificada por la Ley, en una figura legal. Debe comprender pues las características integrantes de la esencia de la acción: - voluntad dirigida en una determinada dirección, y manifestación de esta voluntad. Pero desde el momento en que para descubrir el total injusto de una acción debe acudirse al resultado, separable ideológicamente de ella y susceptible en todo caso, y tan sólo, de ser determinado atendiendo a puntos de - vista jurídico penales, será parte también del resultado parte integrante del tipo. El tipo aparece pues, como un fenómeno complejo, comprensivo de la voluntad, de la manifestación de voluntad y del resultado) 30.

(La tipicidad como se comprende es la adecuación a lo descrito por el tipo. Dicho de otro modo, es el encajamiento a la descripción objetiva de una acción típica.

El tipo se conforma con dos elementos a) subjetivo, y-- b) objetivo.

a) Elemento subjetivo. Abarca los especiales motivos, - tendencias e intenciones del autor y en forma principal el -- "dolo" entendido como "dirigido a la realización de la parte-objetiva del tipo")³¹.

El dolo en la teoría analizada en manera alguna se refiere a la antijuridicidad de la acción típica: a la concien-

cia de la antijuridicidad de la acción típica: a la conciencia de la antijuridicidad por el autor. El dolo como querer de realización del tipo objetivo. (La voluntad de la acción dirigida al resultado)³², el dolo no es más que la finalidad que se encamina a la realización del tipo objetivo.

b) Elemento objetivo. Comprendemos la parte subjetiva - del tipo como aquellas características del obrar externo del autor, y comprenden la manifestación de voluntad en el mundo real y su consecuencia que es el resultado. Y debe comprenderse dentro de este ámbito al sujeto -ya sea activo o pasivo- del delito como titular del tipo; el bien jurídico como objeto de la conducta incriminable, el objeto material, persona o cosa sobre la cual recae la acción delictiva, así como las referencias temporales, especiales o de modo. No debemos olvidar que el (llamado tipo objetivo no es de ningún modo algo "externo" puramente objetivo, que estuviera absolutamente libre de momentos subjetivos anímicos)³³, sino también encontramos elementos normativos ya sea de valoración jurídica o de valoración cultural y que se indican con las acciones apropiarse, y legítimo, sin derecho, castidad y honestidad, documento, enganñar etcétera.

ANTI JURIDICIDAD

(Antijuridicidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto)³⁴.

El finalismo afirma que para la comprensión correcta de la antijuridicidad tanto en los delitos dolosos como culposos debe valorarse (disvalorarse) la acción y posteriormente valorar el resultado. Welzel nos dice que, si el autor ha reali-

zado, objetiva y subjetivamente, la conducta típica en una norma prohibitiva, ha actuado de modo contrario a la norma. Dado que la realización del tipo es contrario a la norma y que la infracción de la norma prohibitiva es antijurídica en caso de que no interfiriera un precepto permisivo, se deduce que -- con la realización del tipo de una norma prohibitiva la conducta es antijurídica mientras no sea aplicable ningún precepto permisivo. Una vez comprobada la realización del tipo la antijuridicidad puede ser averiguada por un procedimiento puramente negativo: mediante la constatación de que no interfiere ningún precepto permisivo (causa de justificación)³⁵.

Hasta aquí exponemos en forma digamos sintética, aún -- cuando sean unos esbozos de la teoría finalista el pensamiento o corriente imperante en la actualidad.

NUESTRA OPINION

Nosotros contemplamos en la teoría de la acción finalista que la tesis de Welzel, limita el concepto de autor en los delitos de comisión dolosa, por ser conductas dirigidas por el agente. Además que el dolo y la culpa no pasan a ser ya especies o formas de la culpabilidad, sino pasan a ser parte de la acción típica. El dolo en esta teoría se mira solamente como dolo de hecho y en consecuencia como elemento de la acción; desordenando el sistema tradicional y originando consecuencias caóticas. Y entre las más importantes incongruencias de esta doctrina, es la de que el error es tratado en dos lugares distintos; uno en la acción típica y otro en la culpabilidad.

(Entre sentados estos postulados previos, aborda Maihofer la crítica del concepto finalista de la acción. La función básica de la acción queda mucho más impedida por ello que por las concepciones naturalistas. Estas tropiezan con el problema del hacer y del omitir, y la Teoría Welzeniana como las cuestiones de la culpabilidad, en efecto, como sabemos, la doctrina de la acción final orienta todo su concepto de acción de modo exclusivo, en el contenido de la voluntad con lo que aparece inevitable. — como subraya Maihofer — la consideración anticipada en la doctrina de la acción y del dolo y de la culpa, que pertenecen a la culpabilidad y a la que efectivamente corresponde como objetivo propio, captar éste, "contenido concreto del querer". Al anticipar el finalismo de Welzel en el concepto de acción, la voluntad concreta del autor, se anticipa igualmente el tipo psicológico de la culpabilidad. Esta anticipación produce, como consecuencia la fractura de la cadena funcional de las comprobaciones y valoraciones sistemáticas que ha de recorrer una conducta por este riguroso orden — antes marcado —: "Acción-injusto-culpabilidad. La cadena se rompe por en medio y el eslabón último; es decir, la culpabilidad se sitúa al comienzo". De aquí proviene todas las contradicciones sistemáticas y las dificultades que Welzel no ha podido superar. Queda así destruida la conexión funcional y todo el orden que pretende edificarse se hunde en ese caos sistemático que siempre se ha reprochado a la teoría finalista. La causa reside en la carga anticipada del concepto de la acción, con criterios que fundamentalmente ya caen solamente de tras de lo antijurídico. Resulta, por ende, en virtud de esa antijurídico. Resulta, por ende, en virtud de esa anticipación radicalmente invertida la serie funcional de los valores injusto-culpabilidad. Por último no hay modo de trazar eficaz y — prácticamente el límite objetivo externo que hemos considerado, la tercera de las funciones de la acción. En suma, ni como elemento básico ni como elemento de unión, ni como elemento limitativo puede funcionar esa acción finalista concebida —

por Welzel. Y Mañhofer termina diciendo: Una sistemática edificada sobre esta base no podrá satisfacer nunca, no obstante su agudeza, las exigencias de unidad, rigor lógico y utilidad práctica que determina el valor de un sistema teórico y prácticamente] ³⁶.

3) CONCEPTO DE CULPABILIDAD EN EL CODIGO PENAL DE GUANAJUATO

En la exposición de motivos del Código Penal de Guanajuato se expresa el criterio que rige el Capítulo Séptimo en lo que respecta a la culpabilidad de la siguiente manera: La Comisión decidió no incluir una definición General de la culpabilidad que prescindiera de sus formas, en virtud que su concepción sería tan general que ninguna utilidad reportaría; agregando que por tal razón solamente se definen las formas de culpabilidad, formulando una clasificación tritómica en su artículo 40: La culpabilidad puede darse en forma: I.- dolosa, -- II.- culposa, o III.- preterintencional.

Lo anterior significa la disgregación con la postura tradicional que reconoce sólo las dos primeras fórmulas; y la -- concepción de la preterintencionalidad como una tercera -- forma de culpabilidad; criterio del cual no participamos como se verá en su oportunidad.

Nos interesa sobremanera el apreciar las bases doctrinales que conformaron los motivos que llevaron a la Comisión adoptar la singular postura frente a la culpabilidad; es por eso que nos remitimos a la obra de los Licenciados Enrique -- Cardona Arizmendi y Cuahitémoc Ojeda Rodríguez, para conocer a fondo su elocuente disertación sobre el tema.

(El elemento subjetivo del delito al que hemos aludido no es otro más que aquel conocido por la doctrina con el nombre de culpabilidad, que viene a ser uno de los elementos esenciales. Recordemos que el delito es una conducta típicamente, antijurídica, imputable, culpable y punible ³⁷. La culpabilidad junto con la imputabilidad aluden a la subjetividad del ilícito. Por imputabilidad hemos entendido la capacidad genérica del individuo para responder de sus actos ante el Derecho Penal. Capacidad, porque su estudio importa establecer -- las condiciones mínimas necesarias para que a un individuo se le pueda considerar sujeto de derecho. Genérica, por cuanto no atiende a la vinculación subjetiva con el hecho cometido, -- sino que prescindiendo de él se estudia al sujeto en sí, para poder concluir si cuenta con capacidad suficiente para responder del acto que se le atribuye y de cualquier otro que pudiera haber consentido.

Determinado que un sujeto es imputable se le podrá atribuir el hecho delictuoso, pero no basta que un hecho sea imputable para que responda del hecho cometido, pues después de establecida su capacidad genérica, se impone el examen del contenido de la acción u omisión típica, en cuanto a los modos de referencia de la psiquis al evento delictivo y a su vinculación con un determinado orden jurídico. Esta referencia y vinculación específica es la culpabilidad y las formas de vinculación son el dolo, la culpa y la preterintención. De ahí que la imputabilidad sea el presupuesto subjetivo indispensable de la culpabilidad, pues para llegar a saber si un sujeto obró dolosa, -- culposa o preterintencionalmente, deberemos primero haber resuelto que tenía capacidad para obrar de cualquiera de tales -- formas.

La culpabilidad se ha entendido por los autores de diversas maneras, según sea su vinculación a los dos principales --

criterios en que se finca: El psicológico y el normativo.

Para los psicólogos la culpabilidad consiste en el nexo psíquico entre el agente y el hecho, pero como señala -- Antolisei, esta teoría "no puede considerarse completa, por el defecto que cabe atribuirle de no considerar un aspecto -- que también es esencial a la culpabilidad: El carácter contrario al deber que la actitud de la voluntad debe presentar. Un comportamiento psíquico que no contradiga un deber que le haya sido impuesto al agente, no puede, en efecto, constituir -- ni dolo ni culpa".

Para el normativismo la esencia de la culpabilidad reside en una relación de contradicción entre la voluntad del sujeto y una norma jurídica. El juicio de reprochabilidad es el fundamento de la culpabilidad, y este juicio surge por una -- parte, de una conducta que pudo haber evitado y, por otro, de un elemento normativo que exigía un comportamiento conforme -- a derecho.

Para la teoría psicológica la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado y para la normativa en el juicio de reproche a una motivación del sujeto diversa a -- la debida.

En realidad ambas teorías contienen parte de verdad, pero la psicológica olvida el aspecto normativo de la culpabilidad y la normativa menosprecia el aspecto psicológico.

Nosotros creemos y hemos sostenido reiteradamente que -- no es posible concebir a la culpabilidad desde aspectos que -- si bien son válidos no dejan de ser unilaterales, pues no debe desconocerse que el concepto culpabilidad descansa en dos --

grandes características: Lo psicológico y lo normativo. Por ello es que estimamos necesario realizar una sistemática combinación de ambos elementos para llegar a la formulación de un concepto más amplio de la culpabilidad, afirmando que ésta no es sino una vinculación psicológica del sujeto con su conducta y los resultados de la misma y como una esfera de normas que le imponen deberes, cuya infracción hace reprochable el comportamiento por haber obrado con dolo, con culpa o con preterintención. Esto es, para nosotros la culpabilidad se compone de dos elementos:

I) La vinculación del agente con el orden jurídico y

II) La vinculación del agente con su hecho.

Cierto que ambos son en el fondo psicológicos pero como acertadamente enseña el Maestro Soler, la vinculación con el orden jurídico "atiende a la relación del sujeto con una instancia de responsabilidad y por tanto presupone una valoración normativa".

Del primer elemento derivamos que esa vinculación significa un desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y a conservarlo. Del segundo derivaremos, atendiendo a cuestiones puramente psicológicas, las formas distintas de vincularse el sujeto a su hecho, y que serán precisamente las diversas formas de culpabilidad] ³⁸.

Una vez exteriorizado el sentir de la Comisión, nos apropiaremos al tratamiento de las formas de culpabilidad en el ordenamiento examinado.

41 ANALISIS DE LAS FORMAS DE CULPABILIDAD EN EL CODIGO PENAL DE GUANAJUATO.

A) DOLO

a) Teorías sobre el dolo.

Han sido o son cuatro las teorías que se ocupan de la fundamentación del dolo, así surge la I.- Teoría de la voluntad, II.- Teoría de la representación, III.- Teoría de los móviles y IV.- Teoría de la admisión.

I.- Teoría de la voluntad.

Es la doctrina clásica del dolo sostenida en Italia por Carrara y en Alemania por Von Hippel.

La esencia del dolo se encuentra en la realización del acto y esto implica la representación del resultado. "El dolo tiene que ser querido y solamente cuando es querido se da esta forma de culpabilidad: la voluntad debe ser dirigida al evento final, esto es al resultado".

II.- Teoría de la representación.

Para la teoría de la representación el dolo no le interesa que esté recargado de exigencias subjetivas, sino únicamente le basta la previsión del resultado. En estricta pureza doctrinaria a esta teoría le basta la previsión del resultado: "la cognoscibilidad de todas las circunstancias de hecho que se agregan a la actuación voluntaria".

(El querer -dice Weinscheid- como estado espiritual -- interno es indiferente al derecho. Lo es porque el derecho no tiene de él ningún testimonio, sino porque su cualidad no le basta. Y afirma Kelsen: Cuando en una figura de ilicitud aparecen como presupuestos la "voluntad", la "intención", u otros hechos psíquicos, estos deben entenderse como elementos meramente externos, objetivamente reconocibles por el juez, que permitan aceptar como posible el correspondiente estado psíquico) 39.

La afirmación o negación del dolo se desprende la actitud que asume el autor en relación a lo que éste ha concebido como posible, le interesa un momento espiritual que no le permita el querer, sino la previsión más allá de la representación, lo cual creemos se puede catalogar como un exceso, ya que se puede caer en el error de confundir la culpa consciente con el dolo.

III.- Teoría de los móviles:.

(Por impulso de la escuela positiva italiana surge la teoría de los motivos que pretende construir el dolo con independencia de la doctrina de la voluntad y de la representación Ferri llega a basar en el móvil la esencia del dolo, hasta el punto de que si el agente comete un delito y los móviles no son egoístas, todo queda reducida a una contravención de policía. Florian templa estas exageraciones, pero la doctrina del móvil, que estudian además los escritores alemanes -como Thompson, Friedrich, Fuhs, Meinsner, Van Colker, Gucheuheiler, etc. -; cobra hoy superlativa trascendencia. Más no seamos injustos y recordemos que ya Carmignani reconoció al motivo toda su importancia cuando afirmaba que la ausencia de él debía inducir al juez a negar la existencia del delito. En 1945 se ocupa de

Los "motivos determinantes del delito" el Profesor Eusebio Gómez, en un trabajo por demás subjetivo que aparece en el primer número de su Revista de Derecho Penal, en el que destaca el papel del motivo en la intensidad del dolo.

Pero lo interesante es determinar la esfera de influencia de los móviles en el dolo, sin hacernos secuaces de las exageraciones ferrianas. El motivo no puede ser el único fundamento de la culpabilidad. Píense en el ejemplo de Alimena en el que un hombre de muerte a una huérfana hermosa por sustraerla a su posible corrupción. Comprobada la existencia de semejante motivo, o se trata de un caso de evidente peligrosidad, que el móvil no anula, o de un ser enajenado, y entonces ya no se trata de ausencia de dolo, sino de falta de razón, y ya sería un problema de inimputabilidad.

Las cuatro funciones del móvil son, a nuestro parecer, estas: 1o.- el móvil debe servir para la investigación sobre la calidad del motivo psicológico del delito; 2o.- la calidad moral y social del motivo conduce a un criterio fundamental para determinar la temibilidad y la condición peligrosa del delincuente; 3o.- la calidad de los motivos actúa con eficacia permanente en cuanto a la elección del medio represivo -- que debe adoptarse respecto a los distintos delincuentes: es decir, que actúa como criterio esencial en la elección de la pena, y 4o.- cuando el motivo sea de tal naturaleza que haga desaparecer en el acto que se ejecutó toda huella de temibilidad, puede, excepcionalmente, cuando no se opongan otros factores, decidir que no procede la aplicación de medida defensiva alguna, porque sería superflua.

El móvil ha tiempo que se valora como decisivo en la elección de pena. La doctrina que surgió en Francia, hacia --

1830, sobre el delito político, hace uso del motivo en orden a la clase de pena que ha de imponerse.

De aquí surge el sistema de las penas paralelas, llamadas así porque corren juntas en figuración, pero una es de naturaleza deshonrrante y la otra, la llamada "custodia honesta" no deshonra ni tan siquiera desacredita.

Toda esta doctrina es ingenua en demasía, y por eso el sistema de las penas paralelas, que, como veremos en seguida, se sustenta en algunos Códigos, ha sido olvidada hoy por los principales tratadistas.

Vuélvese al móvil ahora, pero no para decidir la clase de penalidad únicamente, sino para fundamentar la atenuación o agravación del dolo. Así, con mucha razón, el Código penal argentino, en el número 20. del artículo 41, considera circunstancia que modifica la responsabilidad el móvil del agente. - Si se compara este precepto con el del viejo Código penal alemán se legisla sólo sobre el sistema de las penas paralelas. El párrafo 20 del Código de Alemania-magistralmente estudiado por Eduardo Guckenheimer-determina que se aplique la pena de reclusión o la de detención en fortaleza según concurra o no en el agente un móvil deshonroso. Las penas paralelas se han acogido, además en los Códigos de Italia, de Noruega, etc., y en el Proyecto de Suecia.)⁴⁰.

IV.- Teoría de la Admisión.

La teoría en mención es la que sigue el Código de Guayaquato; Cardona y Ofeda nos hacen una disertación sobre el particular.

(Para esta teoría es necesario analizar si como consecuencia de la previsión el resultado es visto como cierto y seguro y en tal caso, el sujeto lo está admitiendo o consintiendo desde el momento en que a pesar de la previsión lleva a cabo la conducta causal a sabiendas de que necesariamente el resultado no directamente querido se producirá y aunque no se le pueda demostrar que lo quería la conducta será dolosa. En este caso se tratará del dolo simplemente indirecto. Si por el contrario el resultado es visto como provable o posible y el sujeto lo menosprecia, surge el dolo eventual y el dolo in determinado.

Si el sujeto no lo menosprecia sino que se conduce en la confianza de que no se producirá, entonces hay culpa consciente o con previsión. De esta suerte, podemos concluir que no hay dolo sin previsión, que no se puede correr ni admitir ni consentir algo que no se conoce⁴¹.

b) Concepto.

Preceptúa el artículo 41 del ordenamiento guanajuatense: "Obra con dolo quien quiere la realización del hecho legalmente descrito, así como quien lo acepta, previniéndola al menos como posible".

La fórmula destaca la expresión "del hecho legalmente descrito", porque en esta locución se pretende abarcar tanto a los delitos de mera conducta como a los de resultado material, por lo que la expresión comprende no sólo la conducta sino además los resultados de la misma. Lo anterior equivale a decir que obra con dolo quien quiere su conducta o acepta el resultado de ella, y si el mismo es una existencia del tipo habiendo lo previsto como posible consecuencia de la conducta.

Cardona y Ojeda comentan: (...La nueva ley... al aludir a la aceptación del hecho punible se ubica con toda claridad dentro de la teoría de la admisión, que como ya hemos visto, - considera que la característica psicológica más destacada del dolo es el querer o el admitir, tanto a la conducta como al - resultado de la misma, cuando el tipo exija la producción de - alguno. Se reconoce entonces que la intención, el querer o la volición es esencial para la integración del dolo, pero no es la única forma en que se puede actuar dolosamente, ya que su alternativa es la producción del resultado y esta admisión, - que es algo sitinto al querer, tiene una exigencia volitiva - menor, ya que sólo requiere haberlo previsto y pese a su pro - ducción se realiza la conducta causal del evento en virtud de que el resultado se menosprecia o se ve con indiferencia. De - esta manera se logra en la ley una fórmula del dolo que comp - prende a todas las especies de dolo indirecto, subsanándose - así el grueso error de anteriores legislaciones. En nuestra - opinión este tratamiento representa importante avance, desde - un punto de vista científico, recogiendo en lo esencial las - formulas acogidas por el Código Penal de la República Federal Alemana, el de Ecuador y del Código Penal Tipo para Latinoame - rica (artículo 25.- obra con dolo el que quiere la realiza - ción del hecho legalmente descrito, así como el que lo acepta previéndolo por lo menos como posible), mismos que han sido - adoptados igualmente en nuestro país por ordenamientos locales como los de Yucatán, Michoacán (artículo 70.- es doloso cuan - do se ejecuta voluntariamente una acción u omisión queriendo - o aceptando el resultado), Veracruz (artículo 70.- obra con - dolo, previendo las consecuencias del acto u omisión y querién - dolas o aceptando conscientemente la producción de los mismos. "Código de Defensa Social". Y el vigente preceptúa en su artí - culo 60.- es intencional cuando se desea o se aceptan las con - secuencias del acto u omisión), Estado de México (artículo 70.- el delito es doloso cuando se causa un resultado querido o --

aceptado, o cuando el resultado es consecuencia necesaria de la acción u omisión realizada) y otros (como el Código Penal-tipo para la República Mexicana que preceptúa en su artículo-12.- "El delito es doloso, cuando el agente quiere o acepta - el resultado, o cuando éste es consecuencia necesariamente -- unida a la conducta realizada). Pero además, desde el punto- de vista práctico significa también una considerable mejora, ya que evita la injusticia de presumir en todos los casos la intención revirtiendo la carga de la prueba a la defensa, lo- que no es congruente con el principio general de que la acusa- ción debe probarse.

Ahora bien, ante la previsión del evento no puedan sino tres actitudes psicológicas que interesan penalísticamente, a saber:

I.- Se quiere el resultado

II.- Sólo se admite por verse con indiferencia su even- tual acaecimiento.

III.- El resultado no se quiere, ni se admite, sino que - se espera y se confía en que no se producirá.

En el primer supuesto existirá dolo directo, pues en -- el concurre conocimiento, representación, previsión y querer.

En el segundo caso habrá dolo eventual o bien dolo inde- terminado.

En el tercero existirá culpa consciente o preterintención. En este último supuesto siempre que exista antecedente doloso⁴².

c) Elementos del dolo.

Encontramos dos elementos en la conformación del dolo - 1) Elemento intelectual, y 2) Elemento volitivo.

1) Se designan elementos intelectuales del dolo a la -- consciencia de violar el deber y el conocimiento de que el hecho se haya descrito en una ley. No con un conocimiento de -- un estudiosos del derecho, sino con aquél que nos brinda el -- sentido común, el de tener la consciencia de que nuestro ac--tuar es en contra del derecho.

2) El elemento volitivo del dolo no es sino más que la voluntad de ejecutar el acto; sólo cuando dirigimos nuestra--conducta voluntariamente a un evento delictuoso con el conocimiento antijurídico podrá darse el elemento en comentario.

d) Dolo directo.

Habrà dolo directo cuando la conducta del sujeto activo del delito es dirigida conscientemente a producir el resultado.

La Exposición de Motivos del Código Penal de Guanajuato subraya: Se habla de querer el hecho para estructurar el dolo directo o intencional, como también se le llama, en el que el agente quiere su conducta y el resultado de la misma, o -- bien solamente aquélla cuando el tipo no exige la producción-

de un resultado.

e) Dolo eventual.

Comentan Cardona y Ojeda: (Para que exista el dolo eventual, el resultado no querido debe haberse previsto como consecuencia probable o posible de la conducta, es decir el resultado que el sujeto ve con indiferencia puede o no puede darse, pero su sola actitud de menosprecio es suficiente para fundamentar el reproche doloso.

En este tipo de situaciones es factible que se den dos casos.

a) Que se menosprecie el resultado y entonces estaremos en presencia de un dolo eventual, o bien,

b) Que se crea que el resultado no se dará y entonces - existirá culpa consciente con previsión⁴³.

f) Dolo de consecuencia necesaria

(En este caso el resultado no es directamente querido por el agente, no obstante si hubo previsión, representación y volición de realizar un acto ilícito, dándose además otros resultados como consecuencia necesarias de su actuar, y conscientemente los admite o consciente y ello es más que suficiente para establecer el reproche doloso y proceda el juicio de culpabilidad.

El dolo de consecuencias necesarias o simplemente indirecto se diferencia del dolo indeterminado por lo siguiente.- En este tipo de dolo el sujeto no se propone causar un daño - en concreto, sino simplemente su propósito es causar alguno - no importa cual. Aquí existe previsión de los resultados posibles vinculados a la acción y el sujeto admite o consiente en la producción de cualquiera de ellos.

Con objeto de facilitar su comprensión anotaremos ahora los ejemplos típicos en la doctrina de cada una de estas especies de dolo. El simplemente indirecto se presentaría en el caso de un individuo que con el propósito de matar a un político coloca una bomba dentro de la aeronave en que aquél se --- transporta, sin importarle que para conseguir su objetivo resulten muertas todas las personas que viajen a bordo del aparato, ciertamente sin vinculación con la víctima y ajenos en absoluto a los motivos del delito. El eventual existiría en el caso de un manejador de vehículos de motor que al transitar por una zona de protección escolar, transpone los límites tolerados de velocidad, sin importarle que en ese momento pudiera aparecer un infante, lo cual finalmente acontece, teniendo como consecuencia el grave inferimiento de lesiones o la muerte: más si confía o espera evitar el resultado entonces existirá culpa consiente.

Por último, y como caso de dolo indeterminado, tenemos el ya clásico ejemplo del terrorista que coloca una bomba en el lugar de un espectáculo público, sin importarle la clase o naturaleza del daño que resulte) ⁴⁴.

El aceptar el hecho de admitir o consentir los resultados de la conducta, es como se estructura un concepto aplicable a todas las especies de dolo indirecto.

Concluimos con la síntesis que hace la Exposición de Motivos en relación a las clases de dolo indirecto: En todas las especies o clases de dolo indirecto existe, entonces, previsión del resultado como una consecuencia cierta, probable o posible de la conducta y en virtud de ello el artículo ⁴³ (41), exige una previsión "a lo menos como posible".

B) CULPA

a) Concepto

El artículo 42 del Código Penal de Guanajuato define la culpa con las siguientes palabras: obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, en el caso de representárselo como posible, se conduce en la confianza de que no ocurrirá.

Comete la Exposición de Motivos: En el artículo 44 (42) se define la culpa con base en sus elementos esenciales, aligerándola de aquellos que no son indispensables para conceptualarla. Se compone, en primer lugar, de la infracción o inobservancia de un deber de cuidado atribuido al agente, base común para las dos grandes formas de la culpa, la imprudencia y la negligencia. El deber de cuidado se entiende no sólo atribuido legal o jurídicamente al sujeto (mediata o inmediatamente originado en la Ley; expresa o implícitamente consignado en ella), sino que le incumba "de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales".

Esta expresión entraña también, por otra parte, que el reproche culposo solamente podrá hacerse atentas las circums-

tancias objetivas y personales del agente.

En segundo lugar, y a fin de señalar su diferencia con el dolo eventual, se requiere la culpa que en el caso de que se hubiese representado el resultado como una consecuencia posible de la conducta, el agente obre con la confianza de que no se producirá. Con esto se señala el elemento psicológico - característico de la culpa con representación o culpa consciente como también se le llama.

(El artículo comentado -señala Lilibiana González Castro- está tomado del artículo 26 del Proyecto de Código Penal Latinoamericano que establece que obra con culpa, quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, en caso de representárselo como posible, se conduce en la confianza de poder evitarlo.

El Código de Veracruz en el artículo 60. determina que el delito es de culpa cuando se ejecuta un acto o se incurre en una omisión cuyas consecuencias eran previsibles y no se previeron; cuando habiéndose previsto se confía en que no sucederán o cuando se causa un daño por impericia o falta de aptitud. Los Códigos de Guerrero (art. 60.), Sonora (art. 60.) y Tamaulipas (art. 50.) en esencia son iguales al Código Veracruzano.

En cuanto a los proyectos, el de 1958 estima en el artículo 80. como delitos culposos, cuando el resultado no se previó siendo previsible, o cuando habiéndose previsto se tuvo la esperanza de que no se produjera, o se cause por impericia o ineptitud. Por su parte, el Proyecto de Código Penal Tipo de 1963, considera en el artículo 13, que el delito es culposo, cuando habiéndose previsto el resultado, se confió que no se --

producirla, cuando se previó siendo previsible, o cuando caso por impericia o ineptitud.

Pensamos que esta fórmula de la culpa mejora las existentes -criterio al cual nos adherimos- en la legislación mexicana, a virtud de que se trata de abarcar todos los casos - que puedan presentarse de culpa, al incluir la verdadera esencia de la misma, que consiste en realidad, en la violación - de un deber de cuidado) ⁴⁵.

b) Culpa consciente o con representación.

(En este tipo de culpa existe previsión, sólo que el agente no está interiormente de acuerdo con producción del resultado, sino que espera que este no se dará. La falsa esperanza que alimenta el activo descansa en el descuido o desatención de un deber concreto) ⁴⁶. El maestro Jiménez de Asúa comenta sobre la Culpa consciente: (Saber dudoso de las circunstancias del hecho, y sobre esto la no probabilidad de la producción del resultado. En este caso el autor no está interiormente de acuerdo, pues el espera que el resultado que se presentó no se produjera. Señala la conciencia de la antijuricidad material del hecho y el querer de la actividad voluntaria causante del resultado. La falsa esperanza de que el resultado no se produjera, descansa en la negligencia de un deber concreto, cuyo cumplimiento le es exigible al autor como miembro de la comunidad) ⁴⁷.

c) Culpa inconsciente o sin representación

(Esta no es otra más que la no previsión de un resultado típico previsible por desatención a un deber de cuidado, -

ya sea por impudencia o negligencia)⁴⁸. Dicho de otro modo, - es la: (Ignorancia de las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad de previsión del resultado (saber y poder). Esta ignorancia descansa en la lesión de un deber concreto que el autor hubiera podido atender, proque su cumplimiento podía ser no exigible en su calidad de miembro de la comunidad. La conducta causante del resultado puede revestir las formas de hacer u omitir, pero también puede descansar en una mera inconsecuencia de la voluntad (olvido)⁴⁹.

C) PRETERINTENCIONALIDAD.

a) Concepto.

Preceptúa el artículo 43 del Código Penal de Guanajuato: obra con preterintención quien causa un resultado mayor al -- querido: o aceptado, si el mismo se produce culposamente.

La luz que nos dá la exposición de motivos es clara y - precisa, aún cuando hacemos notar desde este momento que nosotros no consideramos ala "Preterintencionalidad" como una terera forma de culpabilidad, sino la suma de un comienzo doloso con un resultado con culpa, ya sea, consciente o inconsciente; la preterintención se estructura con base, por una parte - en el dolo (querer o aceptar el resultado) y, por otra, en la causación de un resultado más grave producido por culpa.

En esta tercer forma existe una mixtura de dolo y culpa que impide considerar el hecho como puramente doloso o puramente culposo, de ahí que la Comisión le haya asignado una pena más grave que la que corresponde al hecho culposo, pero menos que el doloso.

La preterintención recoge una realidad psicológica y -- axiológica que con mucha frecuencia se presenta en la práctica y al adecuarse a tales realidades permite imponer un castigo más justo.

El Licenciado Cardona como integrante de la Comisión -- nos da el razonamiento que siguieron al llegar a la conclusión de que la preterintención es una tercera forma de culpabilidad.

(Nosotros creemos que la posición de la nueva ley es -- la correcta; conceptualizar a la preterintención como una tercera forma de culpabilidad. Pasaremos a precisar los razonamientos que nos determinan a inclinarnos por tal postura.

En la preterintención existe previcción o volición de -- una conducta y de un evento ilícito, pero se obtiene un resultado distinto al querido, proveniente de culpa consciente o inconsciente. Lo anterior significa que existe dolo directo por lo que se refiere al evento propuesto y culpa respecto al resultado último. Existe un maridaje de dolo y culpa y según -- el sentir de varios autores debe reputarse como doloso el resultado no querido. Carrara, al respecto afirma: "Si sería -- inocuo imputar como dolosa también la consecuencia culposa, -- no sería menos absurda, que en razón de la culposidad de la -- consecuencia se cancelase la dolosidad de antecedente. Una -- vez entrado en la esfera de los delitos dolosos, no puede salir más de ella y mucho menos a causa de un evento más grave -- y culposo que de ella a derivado".

A este modo de pensar se adhieren muchos autores y por ende para ellos la preterintención es una especie de dolo indirecto, en el que se sanciona como delito doloso el resulta

do preterintencional. Sin embargo, y tal vez inconscientemente sienten la injusticia de dicha reacción y algunos proponen que el juzgador en tales casos imponga una sanción cercana a la mínima.

A nosotros nos parece bastante extraviado este género de ideas si se reconoce que el resultado ultraintencional derivade culpa del agente, esto quiere decir que no fue querido ni directa, ni indirecta, ni eventualmente, ni fue admitido ni consentido ni por ende no puede reprocharse a título de dolo. Más si existe un antecedente doloso incuestionablemente deberá agravarse la sanción del resultado culposo. Carrara acierta al afirmar que en inicuo imputar como dolosa la consecuencia culposa y también cuando estima que la culposidad de la consecuencia no puede atenuar la gravedad del hecho hasta considerarlo puramente culposo, pero donde ya no estamos de acuerdo con el insigne padre de la escuela clásica, es en la conclusión. La conclusión no puede ser sino una: "Que no se trata de un delito doloso ni culposo, sino de algo mixto intermedio entre el dolo y la culpa, pues de la unión de dos elementos distintos resulta un tercero, que aún reuniendo caracteres de sus componentes, no es ni uno ni otro, sino precisamente un tercero con características propias) ⁵⁰.

(El antecedente más lejano de la preterintencionalidad está en el artículo 70. del Código de Defensa Social veracruzano que establece que "existe infracción preterintencional, cuando se causa un daño mayor que aquél que se quiso causar, con dolo directo respecto del daño querido y con culpa con representación o sin representación, con relación al daño causado".

El Código de Michoacán expresa en el artículo 70., que es preterintencional cuando el resultado es mayor al querido, o cuando habiendo sido previsto, se confió en que no se producirla.

En cuanto a los Proyectos, el de 1958 para el Distrito Federal, dispone en el artículo 80., que el delito es preterintencional, cuando el resultado mayor al querido no fue previsto siendo previsible, o cuando habiendo sido previsto se confió en que no se produciría. Y el Proyecto del Código Tipo para la República mexicana determina que 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.

La postura que adopta el Código de Guanajuato, es indudablemente acertada, porque acoge la tesis más correcta acerca de la preterintencionalidad, o sea la que estima que la -- preterintencionalidad es una mixtura de dolo respecto del resultado querido y culpa respecto del resultado producido, pero con la -circunstancia de que además de referirse al resultado querido, -hace referencia al resultado aceptado, que significa un adelanto indudable, que fue tomado del proyecto de Código Tipo para la República mexicana de 1963.

Puede anotarse, que define a la preterintencionalidad - en forma completa, porque precisa que existe dolo directo o eventual respecto al resultado querido o aceptado.

En esta forma, se amplía la preterintencionalidad, habida cuenta que antes se hacía referencia que debía existir dolo directo respecto al resultado querido, excluyendo la hipó

tesis de dolo eventual. Este acierto proviene como lo hemos anotado, de haber tomado en consideración lo establecido en el artículo 14 del Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana) 51.

b) Teorías para fundamentarla.

(1) El supuesto dolo preterintencional.

La clásica doctrina italiana, que a este respecto se -- prolonga en los positivistas, ve en la preterintención una -- forma de dolus: el dolo preterintencional. Así penso Carrara al clasificar el homicidio preterintentionem en la "familia de los homicidios dolosos" -- aunque su fórmula fue la de culpa mezclada de dolo-, y así sigue razonando florlan, que hace de la preterintención una forma del "dolo indirecto", o como Ali mena le llamó "indeterminado". En la Argentina, Eusebio Gómez ha desenvuelto este criterio con máximo rigor, al uso carrariano, afirmando que al homicida le confieren carácter doloso "la circunstancia de que el agente procede con la intención de llevar a cabo un hecho contrario a la ley". Cuando comenté este magistral libro de Gómez hube de razonar mi discrepancia, sobre todo con este último argumento, que es le que originó la conjunción italiana sobre el dolo eventual.

Suele invocarse, en este grupo de doctrina, el sagacísimo nombre de G. P. Impallomeni. Cierito que el gran maestro italiano considera "impropio" decir que en ese caso el "dolo es mixto de culpa", con lo que rechaza la teoría que después exponremos, pero no es menos exacto que a la gran figura técnica del sabio profesor repuganaba llamar "dolo" a lo que se imputaba sin ser "querido"; y por eso hable de "delito preterintencional", que es mucho más correcto; pero no podemos me-

nos de confesar que el pensamiento de Impallomeni varía a través de sus distintas obras y no puede ser ofrecido como modelo de claridad.

2) Concurso de dolo y culpa.

En la propia Italia se levantaron autorizadas voces discrepantes de esa *contraditio in terminis* (dolo más allá de la intención). Marcello Finzi, volviendo a la doctrina Carrarina, habló de "mixtura de dolo y culpa" en el delito preterintencional, criterio desenvuelto en lengua española, con singular maestría, por José Irureta Goyena: "Del punto de vista subjetivo -escribe el gran maestro uruguayo-, el homicidio ultra-intencional es una mezcla de dolo y culpa, dolo respecto de la lesión, culpa respecto de la muerte. El sujeto ha querido inferir un daño y lo ha inferido; no ha querido la muerte, pero ésta ha sobrevenido a consecuencia de su imprevisión. La culpa consiste en no preeverse todas las consecuencias conjeturables de un acto o de una omisión". Con matiz distinto, pero pudiendo ser incluido en este grupo de teoría, se expresa Ottorino Vanini, en pro de calificar el homicidio preterintencional como homicidio culposo. Se trataría, en el sentir del discretísimo penalista italiano, de un homicidio culposo calificado por el particular contenido doloso de la conducta causal del río. La tesis de Vanini salva la objeción que Florian hizo a Finzi -"dos momentos psicológicos no pueden obrar contemporáneamente"- pero se estrella también contra la tradición -y a nuestro juicio falsa- concepción de la culpa, que exige un arranque ilícito, o al menos no antijurídico de la conducta. Para nosotros no sería obstáculo, pues estamos de acuerdo con Vanini en que son muchos los homicidios culposos que derivan de una causa dolosa. Aunque con menos vigor técnico, ya que el ejemplo que usa se refiere más bien a los pro

cesos de causalidad material, parece sustentar la doctrina del concurso de dolo y culpa en los delitos preterintencionales, - el Magistrado cubano Evelio Tavlo.

En la república argentina ha mantenido este criterio, - mucho más racional que la anterior, el Profesor José Peco. -- Aunque de modo incidental, puesto que el trabajo en que consigna su opinión sobre el tema trata de otro asunto -la tentativa-, las palabras del gran maestro argentino no ofrecen dudas: componen el delito preterintencional dos ingredientes, uno -- culposo, otro doloso. El dolo recae sobre el propósito, la culpa sobre el resultado.

c) Elementos

En conclusión podemos asegurar que la preterintencionalidad contiene dos elementos:

- 1) Un principio de ejecución dolosa y
- 2) Un resultado culposo ya sea consciente o inconsciente) ⁵².

Con este apartado damos por terminado lo referido al aspecto positivo del elemento culpabilidad en el Código penal de Guanajuato; estamos conscientes de que no pudimos hacer un estudio mucho más profundo sobre el tema, pero si creemos que tenemos las bases suficientes para formarnos un criterio doctrinal y técnico en la cuestión analizada. Hecha esta aclaración pasamos al estudio del aspecto negativo del elemento culpabilidad.

INCUPLABILIDAD EN EL CODIGO PENAL DE GUANAJUATO

Entendemos por inculpabilidad a aquellas causas o circunstancias concurrentes con una conducta típica y antijurídica, atribuible a un imputable, que permiten al Juez resolver la inexigibilidad de una conducta diferente a la enjuiciada, que sería conforme al derecho, o que le impide formular en -- contra del sujeto un reproche por la conducta específica realizada) ⁵³.

Por su parte, Cardona y Ujeda no concuerdan con la definición descrita y elucubran sobre un nuevo concepto de inculpabilidad: (... es necesario tratar de buscar la esencia de la inculpabilidad, a efecto de llegar a formular un concepto más claro. Si como sabemos, todos y cada uno de los aspectos negativos de los caracteres esenciales del delito, funciona eliminando la existencia del ilícito por no darse alguna nota vital, como la conducta, la tipicidad, etc., bien podemos decir que la inculpabilidad es una causa de inexistencia del delito que se caracteriza por la presencia del error en cuanto a la naturaleza del acto cometido o coacción para ejecutar el acto no querido, siendo este antijurídico y legalmente descrito por la ley penal.

La anterior concepción se sostiene al tener en cuenta -- que la culpabilidad consiste en "la determinación tomada por el sujeto de ejecutar un acto antijurídico cuya naturaleza le es conocida".

Al desentrañarse esta definición se llega a precisar necesariamente que "la determinación" del sujeto debe ser libre y espontánea y que asimismo el sujeto de referencia debe tener

pleno conocimiento de lo injusto de su proceder, para que así se integre la culpabilidad. En consecuencia cuando la determinación no es libre, cuando la voluntad está coartada no hay culpabilidad. Tampoco existe culpabilidad cuando se comete el ilícito penal por inadecuación entre la realidad y lo que se piensa. Así pues, creemos válido afirmar que hay inculpabilidad cuando existe error en cuanto a la naturaleza del acto cometido o coacción para ejecutar el acto no querido, siendo éste antijurídico y típico. Esto es, la libre manifestación de un sujeto, realizando el acto antijurídico, con pleno conocimiento de su naturaleza determina la presencia del contraste-subjetivo con la norma implícita en el tipo y ello trae como efecto necesario la reprochabilidad hacia tal sujeto, ya que existen los dos elementos configurativos de la culpabilidad: El intelectual y el volitivo. Es decir, el agente posee conciencia de la ilicitud de su conducta y manifiesta una actitud psíquica contraria al deber, cuando estos elementos no se dan, surge entonces la inculpabilidad⁵⁴.

No estamos de acuerdo con la opinión vertida por la siguiente razón; se quiere definir la inculpabilidad en base -- únicamente al error y a la acción; el error conceptualizado como: (el vicio psicológico que impide el conocimiento adecuado de los elementos de hecho que concurren en la realización de una conducta exterior y de su significación jurídica, haciendo imposible el quebrantamiento del deber concreto)⁵⁵; da pauta a una causa de inculpabilidad. La coacción definida como "constreñimiento de la voluntad por un peligro grave actual grave e inminente", también tiene efectos inculpanes, sobre todo -- que para nosotros es un estado de necesidad inculpante por -- una no-exigibilidad de otra conducta. Y en estas condiciones deja fuera otras causas de inculpabilidad supralegales; la --

teoría normativa (da cabida a las causas supralecales, que -- son todas aquellas que independientemente de alterar la relación subjetiva anotada, hacen que el proceso de motivación por el cual el autor de un hecho delictivo fue conducido a una conducta de dolo o de culpa, no sea reprochable. Las causas de exculpación, pues, causas de no reprochabilidad)⁵⁶.

En conclusión, la definición de inculpabilidad de Cardo na y Ojeda es casuística y no general, puesto que únicamente se refiere a las causas de exclusión de culpabilidad específicas que afectan al contenido psicológico de la culpabilidad: "Error"; y a la causa que afecta al aspecto normativo de la culpabilidad: "Coacción". Dejando a un lado las causas de inculpabilidad por no exigibilidad con carácter supralegal⁵⁷.

Una vez aclarado lo anterior, nos concretamos ahora sí, a las causas de inculpabilidad en el ordenamiento comentado.

1) ERROR DE TIPO

En el primer párrafo del artículo 44 se estatuye el error de tipo como excluyente de la culpabilidad, en los siguientes términos: No obra con dolo quien al realizar el hecho legalmente descrito, incurre en error respecto de algún elemento de tal descripción.

La exposición de motivos determina que no existirá dolo si el error del agente incide en cualquier elemento componente del tipo o descripción legal, sin que interese la naturaleza del elemento típico, esto es, sin que importe que se trate de elementos materiales, subjetivos o, incluso, de naturaleza normativa o axiológica. Así, quien yerra sobre la ajenidad de la cosa en el robo, obra sin dolo porque un error se vincula a un elemento o exigencia típica y no interesa si

el error es puramente fáctico (confundir el objeto con una cosa propia), o proviene de una falsa estimación antijurídica - (considerar propio el bien que se ha aportado a una sociedad).

(La fórmula de la nueva ley se inclina por reconocer la inculpabilidad tratándose del error de tipo, esto es, se aparta de la añeja distinción entre error de hecho y error de derecho y adopta las modernas ideas germanas al respecto. Sin embargo, no reconoce el error de prohibición, porque admitirlo implicaría hacer nugatorio el principio de que la ignorancia de la ley a nadie aproveche. Además el hecho de que exista discrepancias axiológicas entre el activo y el legislador no es razón bastante para estimar inculpable el evento)⁵⁸.

Sigue comentando la exposición de motivos: (Es claro -- que si el error no versa sobre un elemento del tipo, error esencial, el dolo subsiste plenamente y aquí encuadran el error en el golpe, en la persona o en el objeto (aberratio ictus, - error nel objeto nel persona).

Es necesario comentar también que de la fórmula se desprende que en los casos en que incidiendo el error en un elemento de un tipo subordinado o específico, no existe dolo respecto a tal tipo, pero si no hay error sobre algún elemento - de un tipo subordinado o específico, no existe dolo respecto a tal tipo, pero si no hay error sobre algún elemento del tipo básico o genérico respectivo, existirá dolo en relación a esta última figura. Así, quien por error en la persona mata a su padre, no obrara con dolo respecto al parricidio, pero sí respecto al homicidio, ya que no existe ningún error que verse sobre algún elemento de este último tipo.

La fórmula comentada, entonces, aplicada a contrario sensu, resuelve todos los casos de error inesencial y los de remanente de dolo derivados de las relaciones que los tipos guardan entre sí.

Analizaremos ahora las clases de errores inesenciales, - manejados cotidianamente en forma específica por la doctrina:

El error en el objeto. Cuando existe equivocación en el objeto jurídico o material del delito, hay veces que tal objeto no puede desvincularse de un individuo, como en el homicidio, las lesiones, la privación de libertad, etc., y en tales casos se le denomina error en la persona. (Pedro quiere matar a José, pero dispara sobre Juan al confundirlo con las sombras de la noche).

Un ejemplo de error en el objeto material lo tenemos --- cuando Pedro quiere robar a José y se apodera de un bien perteneciente a Juan.

El error en el golpe (aberratio ictus) que surge cuando existe una desviación causal, con la causación de un daño --- equivalente al realmente querido por el agente (Pedro dispara contra Juan a quien no confunde pero por error en la puntería mata a José)⁵⁹.

Queremos dejar claro el concepto de error de tipo y del error de prohibición ya que no hace alusión a la última la exposición de motivos del ordenamiento guanajuatense.

a) (Welzel estima que error de tipo es el desconocimiento de una circunstancia de hecho objetiva, perteneciente al tipo de injusto, sea de índole real (descriptiva) o normativa

Por su parte Jiménez de Asúa, considera que "el error de tipo consiste en el desconocimiento de una o varias circunstancias-objetivas, que la figura típica contiene, hora pertenezcan a la propia descripción, hora a los elementos normativos, y pro último, Maurach expresa, que error de tipo es, el desconocimiento de circunstancias del hecho pertenecientes al tipo legal, con independencia de que los términos sean descriptivos o normativos, jurídicos o fácticos"⁶⁰.

b) (El error de prohibición, cuando es inevitable, a diferencia del error de tipo, suprime la culpabilidad aunque de ja subsistente el dolo, pero el dolo, en la forma que lo entendemos, como elemento del tipo y, por lo tanto, libre de valoración no puede perjudicar al autor)⁶¹.

(Este error, del que tratamos ahora, puede presentarse con tres modalidades (Zu Dohna): Como desconocimiento, propia mente dicho de la prohibición; como suposición errónea de la existencia de una justificante no reconocida por el orden jurídico; como creencia errónea de una situación de hecho que, de haber existido realmente, excluiría la antijuridicidad.

De manera parecida Welzel nos expone el problema: El autor o no conoce la norma jurídica o la desconoce (la interpreta erróneamente), o acepta erróneamente un fundamento de justificación. Cada uno de estos errores excluye la culpabilidad, si es inevitable, o la atenúa... si es evitable)⁶².

El segundo párrafo del artículo 44 describe: Si el error se debe a culpa, se sancionará a tal título, cuando el hecho admita esa forma de realización.

La exposición de motivos explica: en el segundo párrafo del artículo 46 (44) se establece el error vencible, esto es, el error que se debe a culpa del sujeto, que aunque elimina - el dolo, deja un remanente de culpa que permitirá castigar el hecho a tal título, siempre que admita realización culposa. - Si el hecho no puede cometerse culposamente (fraude, por ejemplo), no se aplica ninguna sanción.

Sobre lo expuesto, Zaffaroni sostiene el siguiente criterio: (el hecho doloso al decir de Maurach, requiere que la representación subjetiva coincida con los acontecimientos...; Maurach agrega que la defectuosa representación puede consistir... en un defecto... o siendo los casos que nos interesan aquéllos en los que la representación implica un "defecto".

Por lo que se refiere a los efectos del error de tipo, - son los siguientes:

1) El error sobre las características del tipo básico - elimina la comisión dolosa (Maurach). Si el autor erra sobre la circunstancia de hecho objetiva abarcada por el dolo, que pertenece al tipo de injusto, entonces se excluye el dolo --- (Welzel).

2) El error sobre las circunstancias agravantes deja subsistente el delito básico. Esto está convenientemente resalta do en el artículo 59 del Código Penal Alemán que dice:

Si alguien al cometer una acción punible no conocía la existencia de circunstancias de hecho que pertenecen al contenido legal del hecho o elevan la punibilidad, no le deberán-

ser imputadas estas circunstancias. En el caso de castigo de acciones cometidas culposamente, esta disposición rige solo - en tanto que la ignorancia misma no sea debida a culpa.

De todas maneras, sobreabunda al especificar esto, porque no se trata más que de características del tipo agravado.

3) El error sobre las atenuantes deja subsistente solo el dolo del hecho previsto en el tipo más benigno, según Welzel. Maurach hace aquí una distinción, según que esten incorporadas a no al tipo objetivo; lo que interesa -insiste en --- ello- es la representación subjetiva, siendo acertada la disposición del artículo 59 por no mencionar este paso, puesto que, si lo incluyese en la disposición general, lograría el resultado precisamente contrario. En todos los casos el error de tipo excluye el dolo y, consiguientemente, el tipo doloso, sin importar que el error sea o no evitable. De todas maneras, el tipo doloso queda excluido. Es ello lógico, debido a que la imprudencia del sujeto activo podrá dar lugar a un delito culposo, pero jamás podrá remplazar el dolo.

Decimos que podrá dar lugar a un delito culposo, porque ello será siempre y cuando el delito esté previsto en forma culposa, o bien, si existe en la ley una forma de "crimen culpae" o una "culpa jurídica". Ve lo contrario, no se podrá --- aplicar ninguna sanción ³.

2) ERROR DE LICITUD

El artículo 44 *in fine* dispone; las mismas reglas se aplicarán a quien suponga erróneamente la concurrencia de -- circunstancias que justificarían el hecho realizado.

Una vez más acudimos a la exposición de motivos para esclarecer las fuentes en que se funda esta última parte del artículo en mención.

En el último párrafo del artículo comentado, se establecen las justificantes putativas con las mismas bases ya anotadas, habida cuenta que en el fondo no se trata más que de un error, solamente que versa sobre elementos que componen las causas de justificación.

Aquí el error puede ser puramente fáctico, creerse agredido sin serlo, o bien de naturaleza jurídica, suponer la autoridad que la orden de comparecencia le autoriza a penetrar sin permiso a un domicilio o el caso del carcelero que libera a un procesado por interpretar la resolución del juez como un auto de soltura.

Nuestro criterio difiere un tanto de lo supuesto, pues consideramos que el párrafo in fine del artículo 44, hace alusión al error de prohibición, puesto que si el error de prohibición es invencible elimina la culpabilidad y no el dolo.

El planteo de Welzel al problema es suficientemente claro: (Un caso de error de prohibición lo constituye la aceptación errónea de un fundamento de justificación. Sea que el autor se equivoque sobre los presupuestos reales o sobre los límites se equivoque sobre los presupuestos reales o sobre los límites jurídicos de un fundamento de justificación no reconocido por un derecho, en estos casos se equivoca acerca de la antijuridicidad de su concreción dolosa del tipo) ⁶⁴

Y no estamos de acuerdo con Cardona y Ojeda que en esta parte se reglamente el error de tipo cuando verse sobre causas justificantes. Además que en la propia exposición de motivos la comisión elude manera franca el tratamiento del error de prohibición. Welzel es terminante en cuanto a la definición de este error: (Error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (luego, con pleno dolo de tipo). El autor sabe lo -- que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido... supone erróneamente que concurre una causal de justificación) 65.

3) LA COACCION

Preceptúa el artículo 45: no es culpable quien obra bajo coacción o peligro de un mal actual y grave, sea o no provocado por la acción de un tercero, cuando razonablemente no puede exigirse una conducta diversa.

Vamos a referirnos finalmente a la exposición de motivos en lo que versa sobre la coacción como causa de inculpabilidad por una no exigibilidad de otra conducta específica, -- que afecta al aspecto normativo de la culpabilidad.

En el artículo 47 (45), se establece la coacción como -- causa de inculpabilidad, reconociendo que el constreñimiento psicológico afectó los elementos volitivos y axiológicos de -- la culpabilidad y que, por tanto, la reprochabilidad de la -- conducta desaparece ante la coacción o amenaza de un peligro -- grave, dejándose al juzgador determinar en cada caso que de ci da si razonablemente : no podía : exigirse le una conducta diver sa.

No tenemos ninguna objeción al citado artículo y únicamente queremos señalar que para la efectividad de la coacción como causa de inculpabilidad, debe cubrir los siguientes requisitos:

- 1) Que la coacción se realice bajo el peligro de un mal grave y actual;
- 2) Que tenga carácter invencible;
- 3) Que sea o no provocado por la acción de un tercero,
y
- 4) Que no le pueda exigir al agente una conducta diversa a la realizada.

Dados estos requisitos se hace nugatorio el juicio de reproche por la inexigibilidad de otra conducta como aspecto negativo del elemento culpabilidad.

Analizados tanto el aspecto positivo como negativo de la culpabilidad, nos remitimos al siguiente capítulo que revisa una singular importancia en tanto cuanto que, analizaremos la aplicación concreta de estos conceptos aplicándolos a la familia de los delitos en contra de la vida y la salud personal.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- *La Ley el Delito*. Buenos Aires, 1980, p. 352
- 2.- FERNANDEZ DOBLADO, Luis. *Culpabilidad y Error*. Tesis. México, 1950, p. 4.
- 3.- C. Porte Petit, *Importancia de la Dogmática....*, p. 54.
- 4.- JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos-Aires, 1963. Tomo V, p. 149.
- 5.- Citado por L. Jiménez, *Tratado....*, Tomo V, p. 153.
- 6.- *loc. cit.*
- 7.- *Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Trad. Sebastián Soler. *Publicaciones del Seminario de Derecho Penal*. Universidad de Chile, 1966, p. 29.
- 8.- *loc. cit.*
- 9.- R. Frank, *Estructura....*, p.p. 30-31,
- 10.- L. Jiménez, *Tratado....*, Tomo V, p. 164,
- 11.- Citados por Zaffaroni, Raúl. *Teoría del Delito*. Buenos - Aires, 1973, p.p. 514-515.
- 12.- Citado por L. Jiménez, *Tratado....*, Tomo V, p.p. 168-169.
- 13.- *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, 1963, Tomo V, p. 216.
- 14.- DIAZ PALOS, Fernando. *Culpabilidad Juridico-Penal*. Barcelona, 1954, p. 42.
- 15.- *ibíd.*, p. 17.
- 16.- L. Jiménez, *Tratado....*, Tomo V, p. 262.
- 17.- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad. Carlos Fontán-Balestra. Chile, 1976, p. 197.
- 18.- *loc. cit.*
- 19.- Welzel, *op. cit.*, p. 198.
- 20.- Cfr. Welzel, *loc. cit.*

- 21.- Cfr. Welzel, op. cit., p. 201.
- 22.- Welzel, op. cit., p. 216.
- 23.- *ibid.*, p. 221.
- 24.- *ibid.*, p. 53.
- 25.- *ibid.*, p. 54 y ss.
- 26.- Sentencia del ENSCHEIDUNGEN DES BUNDESGERICHTSHOFS IN -- STRAFSACHEN 7 363. Welzel, op. cit., p. 55.
- 27.- Welzel, op. cit., p. 56.
- 28.- *ibid.*, p.p. 57-58.
- 29.- MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Trad. Juan-Córasva Roda. Barcelona. Tomo I, p. 267.
- 30.- *loc. cit.*
- 31.- Maurach, op. cit., p. 269.
- 32.- *ibid.*, p. 303.
- 33.- Welzel, op. cit., p. 93
- 34.- MORENO HERNANDEZ, Moisés. Aplicaciones de la Acción Finalista al Código Penal Veracruzano. Tesis, 1971, p. 106
- 35.- *ibid.*, p. 107
- 36.- L. Jiménez, Tratado..., Tomo II, p.p. 375-376
- 37.- Sobre el tema ver la Tesis de González Castro, Lilibiana.- Estudio Dogmático del Delito en el Código Penal de Guanjuato de 1978. UNAM, 1979.
- 38.- E. Cardona, op. cit., p. 163 y ss.
- 39.- Citado por Soler Sebastián. Derecho Penal Argentino. --- Buenos Aires, 1956. Tomo II, p. 103
- 40.- L. Jiménez, la Ley y el Delito, p. 363 y ss.

- 41.- E. Cardona, *op. cit.*, p.p. 168-169.
- 42.- *ibid.*, p. 169 y ss.
- 43.- *ibid.*, p.p. 171-172.
- 44.- *loc. cit.*
- 45.- L. González. *Estudio....*, p.p. 56-57.
- 46.- E. Cardona, *op. cit.*, p. 174.
- 47.- *La Ley y el Delito*. Buenos Aires, 1980, p. 378.
- 48.- E. Cardona, *op. cit.*, p. 174.
- 49.- L. Jiménez, *la Ley y el Delito*, p. 378.
- 50.- E. Cardona, *op. cit.*, p.p. 176-177.
- 51.- L. González, 1979, p. 58 y ss.
- 52.- *Reproducimos ad litteram lo expuesto por L. Jiménez, La Ley y el Delito*, p. 382 y ss.
- 53.- VELA TREVINO, Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad*. México, 1973, p. 274
- 54.- S. Vela, 1973, p.p. 178-179
- 55.- L. Fernández, *Culpabilidad y Error*, p. 41.
- 56.- *ibid.*, p. 48
- 57.- Cfr. F. Díaz; *op. cit.*, p. 54 y ss.
- 58.- E. Cardona, *op. cit.*, p.p. 180-181
- 59.- *ibid.*, p.p. 181-182.
- 60.- Citados por L. González, 1979, p. 61.
- 61.- ZAFFARONI, Raúl. *La Moderna Doctrina Penal acerca del -- Error*. *Revista Derecho Penal Contemporáneo*. Seminario de Derecho Penal. UNAM, México, No. 20, mayo y junio de --- 1968, p. 82
- 62.- *ibid.*, p.p. 85-86

63.- *ibid.*, p.p. 78-79.

64.- *ibid.*, p. 86.

65.- H. Weizel, *op. cit.*, p.p. 232-233

CAPITULO III

APLICACION DE LA CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO
EN LOS DELITOS EN CONTRA DE LA VIDA Y LA SALUD PER-
SONAL.

1) HOMICIDIO

Concepto.

Reza el artículo 202: comete el delito de homicidio -
el que priva de la vida a otro.

CULPABILIDAD

El homicidio puede cometerse en tres formas: a) dolo-
sa; b) culposa, y c) preterintencionalmente.

a) Comete homicidio doloso el que quiere o acepta la -
muerte de otro, y se abarca en esta definición, tanto al dolo
directo y a las especies de dolo indirecto.

Tanto el homicidio con dolo directo como de dolo indi
recto se desprende del artículo 41 del Código Penal guanaju
tense.

b) Comete homicidio culposo cuando previéndose la muer
te el agente obra con la esperanza que no se producirá (cul-
pa consciente), o la prevé siendo previsible (culpa incons--
ciente).

En el homicidio culposo en sus dos formas, no se quie
re la muerte, pero acontece por falsa esperanza que no se --
producirá o se desatiende un deber de cuidado, ya sea por -

imprudencia o negligencia.

*c) Comete homicidio preterintencional quien causa un -
daño mayor al querido o aceptado, si el mismo se produce cul-
posamente.*

*Tenemos la convicción de que para que exista homicidio
preterintencional deben darse estos requisitos:*

*1) Un ánimo de daño (principio de ejecución doloso) --
menor que la muerte;*

2) Un hecho de muerte (resultado culposo), y

*3) La previsión de un resultado distinto al querido, -
provieniendo de culpa consciente o culpa inconsciente.*

*(Cuando el resultado [muerte] no fué el que se quiso -
causar sino lesiones, pueden presentarse las siguientes hipó-
tesis:*

*a) Dolo directo respecto al daño querido (lesiones) y
culpa con representación con relación al daño causado (homici-
dio).*

*b) Dolo directo respecto al daño querido (lesiones) y
culpa sin representación con relación al daño causado (homi-
cidio).*

*c) Dolo eventual en cuanto al daño aceptado (lesiones)
y culpa con o sin representación con relación al daño causado
(homicidio).*

*d) Dolo directo respecto al daño querido (lesiones) y
caso fortuito en cuanto al homicidio)¹.*

INCULPABILIDAD

1) El error de tipo como excluyente de la culpabilidad en el homicidio se daría, *verbi gratia*: cuando A le da por -- equivocación a B un veneno, creyendo que le esta dando un medicamento.

En estos dos casos nos encontramos ante la clase de -- error invencible y no se le puede hacer al agente un reproche culposo por la inexistencia a una infracción de deber de cuidado.

Cuando el error es vencible hemos visto en lo referente al tema, los efectos jurídicos que tiene la *aberratio ictus* la *aberratio in personam* y *aberratio in delicti*.

2) El error de licitud no es más que como ya dijimos -- anteriormente, una causa de eximente putativa basado en el -- error de prohibición por lo que nos remitimos a su estudio en el capítulo anterior. En el homicidio puede presentarse el -- error de licitud, cuando creyendo que A es atacado por B en -- la oscuridad, el primero dispara dando muerte a B, tipificándose en forma clara un error de licitud como excluyente de la culpabilidad.

3) La Coacción en el homicidio es válida cuando reuna -- los requisitos ya antes señalados:

- a) Que la Coacción se realice bajo el peligro de un -- mal grave y actual;
- b) Que tenga carácter invencible;
- c) Que sea o no provocado por la acción de un tercero,
y

d) Que no se le pueda exigir al agente una conducta diversa a la realizada.

2) LESIONES

El artículo 206 establece: Comete el delito de lesiones el que causa a otro un daño en la salud.

CULPABILIDAD

Las lesiones pueden cometerse a) dolosa; b) culposa, y c) preterintencionalmente.

a) Existirán lesiones dolosas, cuando el agente quiere ocasionar una alteración (*animus laedendi*) en la salud personal o acepta dicho resultado, abarcándose tanto a las lesiones con dolo directo o indirecto en sus modalidades; según se desprende del artículo 41 del ordenamiento guanajuatense.

b) Se tipificarán las lesiones culposas cuando estas se previeron o pudieron haberse previsto, dándose las dos formas de culpa, consciente o inconsciente.

c) Habrá lesiones preterintencionales cuando la alteración en la salud personal es mayor a la querida; debiéndose establecer los siguientes requisitos:

1) *Animus laedendi*;

2) Que la lesión efectuada sea de mayor entidad, y

3) Que siendo la lesión producida, se haya previsto -- con la esperanza que no se produciría o cuando siendo previble no haya sido prevista.

El maestro *Porte Petit* aludiendo a las lesiones infiere que pueden presentarse las siguientes hipótesis.

(1o.) Lesión, con *animus laedendi*: lesiones.

2o.) Lesión con *animus necandi u occidendi*; homicidio frustrado o tentativa acabada de homicidio.

3o.) Homicidio con *animus laedendi*: homicidio preterintencional, ultraintencional o con exceso en el fin.

4o.) Lesión, con *animus laedendi*, produciéndose una de mayor gravedad que la que se quiso inferir: lesiones pre-terintencionales.

5o.) Lesión, sin dolo ni culpa lesiones casuales o caso fortuito).²

INCULPABILIDAD

1) Hay error de tipo, cuando se infieren lesiones por A que dispara a B creyéndolo una presa o cuando A por equivocación le da un medicamento a B creyendo que es el indicado, o cuando le da un veneno creyendo que es un medicamento.

Cuando el error es vencible se aplica lo visto en su oportunidad en cuanto a la verdad *aberratio in personam*, *in-* objeto e *in delicti*.

2) Habrá error de *licitud* como eximente putativa de legítima defensa, cuando A le dispara a B en la obscuridad creyendo que Este último lo iba a atacar, cuando B se lleva la mano a la bolsa para sacar un pañuelo y A cree que va a sacar una arma.

Pensamos que también se puede dar el ejercicio de un derecho putativo, cuando A (doctor) creyendo que B está sufriendo un paro cardíaco, lo somete a cirugía, siendo que B únicamente sufría de una neuralgia intensa.

- 3) La coacción opera también en este delito con los requisitos señalados:
- a) Que la coacción se realice bajo el peligro de un mal grave y actual;
 - b) Que tenga carácter invencible;
 - c) Que sea o no provocado por la acción de un tercero, y,
 - d) Que no se le pueda exigir al agente una conducta distinta a la realizada.

3) PARRICIDIO.

El artículo 221, prescribe: comete el delito de parricidio el que priva de la vida dolosamente a cualquier ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, sabiendo el delincuente esta relación.

De la redacción de este artículo surge una plausible modificación respecto a la mayoría de los Códigos vigentes; ya que se edifica al parricidio propio en sus dos modalidades: directo e inverso.

a) El parricidio directo es aquel cometido por los descendientes en la persona de sus ascendientes.

b) Es inverso aquel cuya realización es llevada a cabo por los ascendientes en la persona de los descendientes.

Y no se presupone como constata de la definición de -- parricidio aportado por el Código Penal de 1931, que define en su artículo 323; Se da el nombre de parricidio al homicidio - del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco.

No queremos ser prolijos en nuestra exposición, pero -- bien vale la pena saber la raíz de la cual surgió la norma -- guanajuatense en mención; es por eso que dejamos la palabra a Cardona y Ojeda, para que nos expliquen cual fue el criterio -- que siguió la Comisión para dar una nueva faceta evolutiva a -- la definición del parricidio.

(Los elementos del delito (Parricidio) son, de acuerdo con nuestra ley:

- a) Un homicidio;
- b) Una relación de parentesco entre activo y pasivo.
- c) El conocimiento del activo del vínculo parental.

a) En relación con el primer elemento resulta ocioso -- analizarlo en virtud de que se ha estudiado con anterioridad.

b) El segundo elemento implícitamente establece una -- coalificación de los sujetos activo y pasivo.

El parentesco que debe unir a los sujetos es el consanguíneo, por lo que el parentesco por afinidad y el civil quedan definitivamente excluidos y, por otra parte, dicho parentesco debe ser en línea recta, o sea el que existe entre personas que descienden una de otra.

Como el vínculo consanguíneo es una circunstancia de -- hecho, opinamos que podrá acreditarse por cualquiera de los -- medios probatorios que el derecho procesal penal admite; más-

cuando el vínculo no se demuestre plenamente, el hecho será subsumible en el tipo de homicidio.

c) El tercer elemento, de carácter subjetivo, constituye la ratio. En el sentido de que debe tenerse conciencia -- de la privación de la vida de un ascendiente habida cuenta que entraña tener conciencia de la agresión a los deberes de subordinación, respeto, gratitud, etc., que el vínculo parental denota que magnifica la ofensa de los ideales valorativos de la comunidad y el mismo debe entenderse, para que se de la -- ratio, no solamente como el conocimiento del nexu parental, -- sino que además entraña la comisión dolosa del delito e inclusive con dolo específico, es decir, se requiere de la intención proyectada hacia la privación de la vida del ascendiente).³

Siguen comentando Cardona y Ojeda: (Por otra parte se establece en el nuevo ordenamiento una ampliación al ámbito -- comprensivo de la figura, habida cuenta que el artículo 261 -- de la ley anterior--paréntesis aplicable al 323 del Código Penal de 1931--solo estimaba como parricidio la privación de la vida del ascendiente a cargo de un descendiente, cuando en -- realidad la razón para gravar la pena (deberes de cuidado, -- atención, afecto, etc.) también concurre en el ascendiente, -- motivo por el cual si éste mata a su descendiente igual antisocialidad reviste su conducta y no hay imposibilidad técnica alguna para conceptuar el hecho como parricidio).⁴

Una vez expuesto lo antecedente nos concretamos al estudio de la culpabilidad e inculpabilidad en este delito.

CULPABILIDAD

El parricidio puede cometerse en forma dolosa únicamente. Fundamos nuestra opinión en las siguientes bases.

1) El parricidio requiere de un doble dolo: uno específico, el otro genérico.

a) El dolo específico como determinación voluntaria subjetiva (elemento subjetivo del tipo) dirigida a producir la muerte del ascendiente o el descendiente.

b) Dolo genérico como elemento esencial psíquico.

Sobre el particular el maestro Porte Petit expone el siguiente criterio.

(El elemento esencial psíquico plantea las siguientes cuestiones:

a) ¿ Puede existir un parricidio con dolo eventual ?

b) ¿ Hay parricidio preterintencional ?

c) ¿ Parricidio culposo ?

a) Como el parricidio requiere de dolo específico: intención de matar al ascendiente-, se presenta el problema --- consistente en resolver si puede existir parricidio con dolo eventual. En estos términos, no querer privar de la vida al ascendiente- o descendientes- sino aceptar su muerte en caso de que se produzca. A este respecto, considera Cuello Calón que no es menester la concurrencia del dolo directo, bastando se el dolo eventual, sosteniendo que así, el que golpea a su padre, previendo la posibilidad de que su muerte se produzca es culpable de parricidio).⁵

b) ¿ Hay parricidio preterintencional?. Con relación a la muerte que se comete en un ascendiente- o descendiente-, no creemos que se pueda dar la figura del delito preterintencional, toda vez que el parricidio solo puede cometerse en --

forma dolosa, además de que se requiere un doble dolo, como - quedo apuntado: uno genérico y el otro específico. Y queremos subrayar que el ascendiente o descendiente que mate, responde ra por un homicidio preterintencional, más nunca como se aplica la fracción II del artículo 90. del Código Penal de 1931, - que por mandato legal integra un parricidio doloso, absurdum; cuando la justicia y la ley esten en conflicto, debe imperar la primera: así el ascendiente o el descendiente que priva de la vida a su congénere en forma preterintencional debe recibir la pena por el delito preterintencional y no dolosa.

c) ¿ Parricidio culposo ? . Definitivamente no es posible que se de la figura culposa en este delito, máxime por - las razones expuestas en el inciso anterior; el doble dolo - que requiere el parricidio, hace imposible la configuración de un parricidio culposo, simple y llanamente porque la culpa requiere del quebrantamiento de un deber de cuidado, que no es característico y además imposible en este consabido -- delito.

Damos término al aspecto positivo de la culpabilidad - con la siguiente observación, ad eautelam: dado que la redacción del artículo 221, alude en forma expresa que la privación de la vida puede estar a cargo de un ascendiente sobre la persona de un descendiente, la muerte del segundo en el momento del nacimiento o dentro de las setenta y dos horas - subsecuentes, desaparece como figura delictiva de infanticidio sin móviles de honor, puesto que el descendiente muere a manos del ascendiente.

INCUPLABILIDAD

1) El error de tipo no puede presentarse en esta figura

por las razones que con antelación expusimos en el aspecto positivo del delito en mención.

2) El error de lícitud si puede presentarse en la figura analizada.

3) La coacción como causa de inculpabilidad creemos que puede darse en circunstancias muy especiales; pensemos en el siguiente ejemplo: el hijo de un político en el poder es coacciorado con un mal grave, actual e invencible, cuando se amenaza con matar a su familia-entendida strictu sensu-, nosotros preguntamos ¿ese descendiente va a dejar que maten a sus hijos y a su esposa?, ¿Vale más la vida de su padre?. Ciertamente esta es una cuestión digna de la tragedia griega. Si bien es cierto que el padre ledió la vida, ¿se le puede exigir al hijo que sacrifique sus hijos, no digamos a la esposa, a esos pequeños individuos que apenas están conociendo el mundo y -- que incluso pueden ser portadores de un destino que beneficie a la humanidad ?.

Conflicto grave en verdad, pero que tiene una solución, en nuestro concepto si puede operar esta causa de inculpabilidad (¿acaso como padre no da uno la vida por sus hijos ?), la respuesta es ¡sí! , ojalá nadie se encuentre en este dilema, - lo deseamos sinceramente, más hay veces que la realidad supera a lo increíble.

Nos queda por tratar lo referente a la aberratio ictus, aberratio in personam, y la ignorancia del lazo o vínculo de parentesco en el parricidio.

(a) Aberratio ictus en el parricidio.

Las hipótesis que se presentan, con relación a la abe-

ratio ictus son:

1a. Cuando el descendiente-o ascendiente- dirige dolosa mente su conducta hacia su ascendiente-o descendiente-y el hecho de muerte se consuma en un extraño.

2a. Cuando el descendiente-o ascendiente-dirige su conducta en contra de un extraño y se consuma la muerte de un -- ascendiente-o descendiente-sabiendo ese parentesco.

3a. Cuando el descendiente-o ascendiente- dirige dolosa mente su conducta en contra del ascendiente-o descendiente- y se consuma en otro de sus ascendientes o descendientes.-

En la primera hipótesis no puede existir la figura del parricidio, por ausencia del elemento: relación de parentesco; en la segunda, por ausencia del elemento esencial especial psíquico o sea el dolo específico; y en la tercera tampoco -- hay parricidio ya que, aún cuando la muerte se ha causado en un ascendiente-o descendiente-, el elemento esencial psíquico o dolo específico; y en la tercera tampoco hay parricidio ya que, aún cuando la muerte se ha causado en un ascendiente-o - descendiente-, el elemento esencial psíquico o dolo específico a diverso ascendiente-o descendiente-.

Ahora bien, respecto a esta tercera y última hipótesis, piensa en diverso sentido Soler, m al sostener que quien dispara contra el pariente y mata un tercero no comete parricidio-salvo que el tercero sea a su vez pariente, igualmente opina Maggiore, para quien la agravante subsiste cuando el agente, -creyendo matar al pariente, mata a otro pariente (la madre, - en vez del padre).

b) *Aberratio in personam* en el parricidio.

Respecto al error en la persona, se presentan estas--- hipótesis:

1a. Queriendo matar a un ascendiente-o descendiente-, por confusión se mata a un extraño.

2a. Queriendo matar a un extraño, por confusión se priva de la vida a un ascendiente-o descendiente-.

3a. Queriendo matar a un ascendiente- o descendiente-, por confusión se priva de la vida a otra ascendiente-o descendiente-.

En la primera hipótesis, no puede integrarse el parricidio, por ausencia de la relación de parentesco; en la segunda por falta del elemento esencial psíquico o dolo específico; y en la tercera a virtud de que el ascendiente-o descendiente -muerto no era aquél a quien iba dirigida la conducta.

c) Problemática relativa a la ignorancia sobre el vínculo de parentesco.

Fuera de los casos antes señalados, pueden presentarse estas situaciones:

1o.) Cuando se dirige dolosamente la conducta sobre un sujeto ignorando su parentesco, y

2o). Cuando se dirige la conducta sobre un individuo que considera ser su ascendiente-o descendiente-, por una creencia errónea.

En el primer caso, no puede configurarse el parricidio, por ausencia del elemento esencial psíquico o dolo específico. En el segundo caso, tampoco hay parricidio, por faltar la relación de parentesco:

Ahora bien, no debe confundirse esta hipótesis con el error en la persona, porque en el caso que analizamos no hay confusión, sino creencia errónea de que la víctima es pariente, sin serlo)⁶.

Cabe hacer mención que no estamos de acuerdo con Cardona y Ojeda en lo referente a la aberratio ictus in personam - en el tercer supuesto del inciso a) y b), pues los ya multicitados autores dicen: (En la doctrina se ha discutido ampliamente si existe parricidio en el caso de que queriendo matar a un ascendiente, por error (en la persona o en el golpe), se priva de la vida a otro ascendiente, siendo discrepantes las opiniones. En nuestro concepto, aún cuando el parricidio requiere del dolo específico, esta especificación no debe llegar al grado de excluirlo cuando se mata a distinto ascendiente ya que la figura lo que requiere es la intención de privar de la vida a un ascendiente y la cualidad esencial de la víctima concurre tanto en el delito cometido como en el que se quería cometer)⁷.

Que quede bien claro que el elemento subjetivo específico versa sobre dar muerte a uno de los ascendientes o descendientes, según sea el caso, en forma particular, querer matar al padre o a la madre y, según la opinión de estos autores cabría un dolo específico eventual en la figura delictiva. No estamos de acuerdo definitivamente en aceptar esta situación, sería quebrantar el principio de exacta aplicación a la Ley penal, que consagra el artículo 14 Constitucional párrafo

tercero afirmando: En los juicios del orden criminal queda prohibida imponer, por simple analogía y aun por materia de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Así las cosas pecaría de inconstitucional la aplicación del criterio de Cardona y Ojeda en el caso concreto que tratamos en relación a la aberratio ictus y a la aberratio in personam en el parricidio.

4) INFANTICIDIO

En el artículo 223 del Código de Guanajuato, se define el delito de infanticidio con las palabras siguientes: se aplicará de 3 a 8 años de prisión a la madre que para ocultar su deshonor prive de la vida a su hijo en el momento del nacimiento o dentro de las setenta y dos horas siguientes.

Igual pena se le aplicará si el infante es producto de una violación.

Del tratamiento del artículo 223, se desprende que la figura analizada queda reducida a dos casos:

1) El infanticidio "honoris causa", y

2) El infanticidio cuando el infante es el resultado de una violación.

Se infiere de la redacción del citado artículo que en el primero de los supuestos en orden a los elementos del tipo, encontramos especial referencia en el sujeto activo, como en el sujeto pasivo.

a) El sujeto activo en la figura analizada solo puede ser la madre, siendo un delito de sujeto activo con calidad particular, propio o exclusivo.

b) En cuanto al sujeto pasivo por su calidad es personal.

CULPABILIDAD

1) Infanticidio honoris causa en forma dolosa.

Para su existencia requiere:

a) Un dolo genérico: querer privar de la vida, y

b) Un doble dolo específico: querer privar de la vida al descendiente, y: la existencia de móviles de honor (motivos particulares).

2) ¿Puede presentarse el infanticidio culposo?

No, porque como vimos la figura delictiva requiere de un doble dolo específico además del genérico; es imposible sostener un infanticidio culposo, dado que el móvil de honor implica una conducta dolosa.

3) ¿Puede presentarse el infanticidio preterintencional?

Por las razones aludidas en el inciso anterior, no es dable concebir la preterintencionalidad en este delito.

I) El infanticidio cuando es resultado de una violación.

En el segundo párrafo del artículo 223 se tipifica el - infanticidio cuando es resultado de una violación; Cardona comenta lo siguiente: la ley introduce como infanticidio - la muerte del infante cuando éste sea resultado de una violación, habida cuenta de la antisocialidad de la conducta se ve disminuida por tratarse de una maternidad impuesta.

INCULPABILIDAD

Del tratamiento de la culpabilidad atendiendo a su especial realización de una tritoma dolosa, es menos que imaginable un caso de inculpabilidad, dejamos la cuestión "ad aper
turam libri".

5) ABORTO

Define al artículo 224 del ordenamiento penal guanajuatense: Aborto es el producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

El aborto presenta varios supuestos o modalidades, en - contramos tipificados en el Código Penal de Guanajuato las si - guientes formas: a) Aborto procurado; b) Aborto consentido; - c) Aborto sufrido, y d) Aborto honoris causa.

a) Aborto procurado.

Artículo 225: a la mujer que provocare su aborto se le impondrá de uno a tres años de prisión y multa de trescientos

a mil pesos.

(Se ha definido por *Porte Petit* el aborto procurado o propio como la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez⁸, llevada a cabo por la mujer en ella misma. Esta definición es plenamente aplicable a nuestra legislación según la descripción que hace el artículo comentado, exigiendo que la madre procure su aborto, desprenderemos que solo ella puede ser el sujeto activo y material del delito y que debe realizar todos los actos ejecutivos del mismo, ya que si alguno se realiza por un tercero se estaría en presencia de un aborto consentido, pero si terceros intervienen en cualquiera otra forma de participación que no se la coautoría, subsistirá la figura y aquellos tendrán la calidad de partícipes. Por tanto este delito es propio o exclusivo - en orden al sujeto activo)⁹.

CULPABILIDAD

El delito de aborto procurado solo admite una forma de culpabilidad: la dolosa ya sea con dolo eventual o directo.

INCULPABILIDAD

1.) ¿Puede presentarse el error de tipo?

No creemos que pueda presentarse.

2) El error de licitud sí puede ser causa de inculpabilidad, citemos el ejemplo clásico de la mujer que viene de un país en donde está legalizado el aborto y cree que también en el nuestro está permitido.

3) La coacción también puede darse como causa de inculpabilidad, por una no exigibilidad de otra conducta.

b) Aborto consentido.

Artículo 226: El que causare el aborto con el consentimiento de la mujer, se le impondrá de uno a tres años de prisión y multa de seiscientos a tres mil pesos.

Deben intervenir necesariamente un autor material del aborto y la madre que consiente; es decir, ésta tendrá el carácter de cómplice del delito, siendo por lo tanto una figura plurisubjetiva.

La mujer debe prestar claramente su consentimiento para que se le haga abortar, no basta que simplemente tolere la práctica de las maniobras, ya que deb en existir actos de auxilio o cooperación de su parte para la ejecución del delito) 10.

CULPABILIDAD

Solo podrá darse en forma dolosa. (Como la mujer debe prestar su consentimiento para que se de la figura, desprende mos que la misma no podrá cometerse culposamente, ya que el consentir indica la comunidad de voluntades que se encaminan a un fin).¹¹

INCULPABILIDAD

1) Error de licitud por estado de necesidad putativo.

2) Coacción por una no exigibilidad de otra conducta.

c) Aborto sufrido.

Artículo 227: Al que provocare el aborto sin el consentimiento de la mujer, se le impondrá de cuatro a ocho años de prisión y multa de dos a cinco mil pesos.

(En esta figura se presenta una plural lesión, ya que además de afectarse la vida del feto o embrión, se agrede la libertad de la madre y esta última lesión puede realizarse -- por no haberse consultado su voluntad o bien contrariándola, -- o sea, siguiendo la terminología de la ley, "sin el consentimiento" o cuando se vence su resistencia por medio de la violencia física o moral.

El primer atentado a la libertad se refiere a aquéllos -- casos de inconsciencia, inmadurez, engaños o en general a los casos de consentimiento inválido y el segundo a todos aquéllos en que se vence por medio de la fuerza física una voluntad -- contraria o resistente o bien se le coacciona psicológicamente) ¹².

CULPABILIDAD

Puede manifestarse esta figura delictiva únicamente con dolo, y no cabe la culpa en ninguna de sus clases; así como -- la preterintencionalidad.

INCULPABILIDAD

1) Por error de tipo.

2) Por error de licitud. Estado de necesidad putativo.

3) Por coacción.

d) Aborto honoris causa.

Artículo 228: A la mujer que para ocultar su deshonra provocare su aborto o lo consintiera, se le impondrá de seis meses a dos años de prisión y multa de cien a mil pesos.

(Se comprendía en un solo precepto los tipos de aborto honoris causa procurado y consentido que la ley anterior con temple diseeminados en preceptos distintos. Se trata de tipos especiales privilegiados por el móvil del honor que presenta)¹³.

CULPABILIDAD

La figura delictiva en alusión puede darse únicamente - en forma dolosa; no admitiendo la culpa ni la preterintencionalidad.

INCULPABILIDAD

1) Aborto honoris causa.

Estimamos que podría darse el caso de inculpabilidad -- por una "no exigibilidad de otra conducta"; más nos encontramos como señalabamos en el Capítulo anterior que el Código de Guanajuato, no reglamenta las causas supralegales de in culpa bilidad, ofreciendo un grave conflicto en la ley analizada. - Sería injusto condenar a prisión a una persona por no haber - aceptado en su totalidad las causas de inculpabilidad de la -

de la teoría normativa.

Es de sumo interés analizar el artículo 230 del ordenamiento en mención, pues declara que: No es punible el aborto causado por culpa de la mujer embarazada ni el procurado o con sentido en ella cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Cardona y Ojeda nos explican este numeral con las palabras siguientes: (No es punible el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada, siguiendo con ello las ideas expresadas por Carrara, quien estimó inhumano agragar un proceso al dolor de la madre que ve frustradas, por su torpeza, sus maternales esperanzas.

Esta excusa es aplicable aún en el caso de que para la causación del aborto hubiese concurrido además culpa de un --tercero, ya que si se sancionara el hecho, se contrariaría la ratio de la excusa.

La segunda parte del precepto se refiere a una causa de inculpabilidad cuando el embarazo sea el producto de una violación, habida cuenta de que en el caso a pesar de que existe un hecho típico y antijurídico, la madre no es culpable por --la motivación de su conducta que es superior al deber de no delinquir.

Como puede observarse, el ordenamiento se conserva en --lo esencial, la estructura básica del aborto punible. Tan solo se establece un mejor orden y una mayor claridad, se modifican las penalidades, asignando a cada injusto la sanción --axiológicamente considerada como la más idónea.

Respecto al aborto no punible y que acabamos de comentar en el dispositivo analizado, se mantienen las excusas absolutorias fundamentalmente iguales que como las estructuró el legislador anterior)¹⁴.

A nuestro parecer se contradicen el segundo y el último párrafo de la cita anterior por las razones siguientes:

a) El Código de Guanajuato exime la pena del aborto cuando el embarazo es el resultado de una violación.

b) Los Licenciados Cardona y Ojeda, nos hablan de una causa de inculpabilidad, cuando el aborto es llevado a cabo como consecuencia del embarazo producto de una violación.

c) El Código de Guanajuato, como vimos con antelación, no reglamenta las causas supralegales de inculpabilidad; por lo tanto hay incongruencia en lo expresado por los autores --mencionados y el texto del artículo 230 analizado.

En verda nosotros también pensamos que el aborto cuando es motivado por causa de una violación, está amparado por una causa de inculpabilidad por una "no exigibilidad de otra conducta". Y nos adherimos a lo expuesto por el maestro Porte - Petit haciendo nuestras sus palabras mutatis mutandum: (Nuestro punto de vista coincide con el de los defensores de que - el aborto causado, cuando el embarazo a sido producto de una violación, constituye una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, existiendo un hecho, típico, imputable a un sujeto, y antijurídico, pero no culpable, en tanto - que la motivación es superior al deber de no delinquir)¹⁵.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- PORTE PETIT, Celestino. *Dogmática sobre los delitos en -
contra de la vida y la salud personal*. México, 1975, ---
p. 39.
- 2.- C. Porte Petit, *Dogmática....*, p. 79.
- 3.- E. Cardona, *Nuevo Código....*, p. 424.
- 4.- *ibid.*, p.p. 425-426.
- 5.- C. Porte Petit, *Dogmática....*, p.p. 182-183.
- 6.- *ibid.*, p. 186 y ss.
- 7.- E. Cardona, *Nuevo Código....*, p. 425.
- 8.- Cfr. C. Porte Petit, *Dogmática....*, p. 244.
- 9.- E. Cardona, *Nuevo Código*, p.p. 430-431
- 10.- *ibid.*, p. 431
- 11.- *ibid.*, p. 432
- 12.- *loc. cit.*
- 13.- *loc. cit.*
- 14.- E. Cardona, 1978, p. 433.
- 15.- C. Porte Petit, *Dogmática....*, p. 238.

CONCLUSIONES

Como se pudo advertir en la exposición y desarrollo del presente trabajo, nosotros nos afiliamos a los postulados de la Teoría Normativa causalista, que enlaza el psicologismo -- con el normativismo.

Menester es hacer alusión que el Código Penal de Guanajuato, en lo que respecta a la "Culpabilidad e Inculpabilidad", recoge de una y otra doctrina los elementos psicológicos y algunos elementos normativos, sin llegar a afiliarse en su totalidad a los supuestos del normativismo, lo que nosotros vemos con cierta reticencia, pues creemos que se atrofia en cierta medida la unidad tanto doctrinal como técnica de una determinada legislación. y éste es el caso de la legislación guanajuatense, que infiere una confusión al hacer una amalgama de doctrinas sin llegar hasta sus últimas consecuencias, aparejando la mala interpretación de las normas en la práctica forense. Si bien es cierto que en algunos aspectos se corrigió la redacción de ciertas figuras delictivas; también lo es que en orden a la inculpabilidad surgen incongruencias insalvables.

Avocándonos a lo tratado sobre la culpabilidad, no estamos de acuerdo con la comisión, en omitir la definición de -- tan importante elemento, puesto que si se hubiera conceptualizado dicho elemento, seríamos de manera inequívoca la postura doctrinal a seguir, y no saltarnos "in protu", a las formas de culpabilidad olvidando olímpicamente tan importante concepto, argumentando la incesaridad de definir sus dicho elemento, -- siendo éste la espina dorsal, la "ratio iuris" de la Parte General del Derecho Penal.

En el artículo 40 fracción III, se acepta la preterintencionalidad como una tercera forma de la culpabilidad, definiéndola en el artículo 43; impugna la Comisión guanajuatense que se decidió aceptar la preterintencionalidad como una tercera forma de culpabilidad para imponer a esta figura una penalidad intermedia entre dolo y culpa. Diferimos de dicha aseveración ad calendas grecas, nuestro criterio como lo expusimos en su oportunidad y lo sostenemos de nueva cuenta, que la preterintencionalidad no constituye una tercera forma de la culpabilidad, simplemente es una mixtura de dolo y culpa, sin tener los alcances que se le quiere imputar en la legislación comentada.

En orden a la culpabilidad como lo expusimos ut ultra, existe una grave incongruencia en el tratamiento del error por los razonamientos siguientes:

1) El error de tipo dá como consecuencia una atipicidad siguiendo los lineamientos de la teoría normativa finalista, y no una causa de inculpabilidad como lo establece el Código Penal de Guanajuato,

2) Tampoco el error de ilicitud pertenece al tipo, las eximentes putativas son supuestos del error de prohibición, y como tales éstas si excluyen la culpabilidad.

Zaffaroni en uno de sus artículos comentaba que si tomamos en cuenta, que la división del error se haya en la diferencia entre tipo y antijuridicidad, y que la división de la moderna doctrina alemana es la acertada y basándose en una construcción similar puede darse una ley penal mejor. También es cierto que esto requiere de la dedicación y el estudio de nuestros penalistas, principiando por ampliar en la cátedra universitaria el tratamiento de las tres teorías e ir analizando que es lo que nos beneficia y que es lo que nos perjudica,

cuales conceptos y criterios podrían darnos una ley penal mejor; pues si tenemos ya bastantes problemas con nuestra arcaica legislación, tendríamos muchos más si se implantara una legislación basada en determinadas premisas desconocidas por muchos de nosotros, por la falta de conocimientos intelectuales sobre el particular. Que esto no obste para hacer un exhorto a nuestros profesores, funcionarios judiciales, alumnos y compañeros para que emprendamos un cambio, que tenga conocimiento el estudio y la preocupación por una impartición justa del derecho punitivo, y no nos combierta en mercenarios de tan bella profesión.

En fin, pasando a la familia de los Delitos en contra de la vida y la salud personal, se advierten cambios dignos de ser comentados.

Definitivamente el delito de lesiones queda con una ino vada redacción que abarca en forma general la ratio de la tutela penales éste ilícito: la salud. El criterio casuístico de la anterior legislación queda eliminado. Solamente queremos hacer una breve observación; hubiese quedado mejor conceptualizado el delito de lesiones tomando en su integridad el artículo 268 del Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963, que a la letra dice: comete el delito de lesiones el que causa a otro un daño en el cuerpo o cualquier alteración en la salud.

En el artículo 221, la redacción del delito de parricidio queda ensombrecida en su parte inicial al declarar la dolo sidad del hecho, supuesto que el parricidio sólo podrá darse en forma doblemente dolosa, ya que se requiere de un dolo gnerico y un dolo específico, por lo cual nos parece redundante el término "dolosamente", aún cuando lo hayan usado con

anterioridad el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958, y el Proyecto de Código - Penal Tipo para la República Mexicana de 1963. Subrayamos con énfasis que la parte final del artículo citado si queda redactada en forma tal que advierte una mejora conceptual, al declarar que la privación de la vida en éste figura delictiva, - puede estar a cargo del ascendiente o del descendiente en línea recta, sabiendo el delincuente esta relación. Se excluye de este ilícito al cónyuge o concubino, pues no tiene razón - de ser el incluir en el delito de parricidio a los dos últimos sujetos, aún cuando lo hacían el Anteproyecto y el Proyecto arriba mencionados.

El artículo 223 de la referida Ley, se refiere únicamente al infanticidio con móviles de honor en su primer párrafo - como lo hicimos notar al tratar la figura del parricidio. -- Nos adherimos al tratamiento que le da el Código comentado incluyendo también su segundo y último párrafo.

Conceptúa el artículo 224: Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. In dubitablemente se mejoró el concepto legal del aborto aclarando en forma definitiva la figura delictiva, y dejando atrás - la viciosa concepción que teníamos del aborto.

A manera de corolario queremos hacer en forma expresa el reconocimiento de la labor realizada por los integrantes de la Comisión del Código Penal de Guanajuato, que llevó a cabo la cristalización de un ordenamiento penal que pugna por corregir errores y superarse doctrinalmente, y esto ("per se"), merece una especial felicitación que hacemos patente en este humilde trabajo. Réstamos decir que las grandes empresas se realizan

por los hombres que tienen el valor y la entereza suficientes para enfrentarse a las vicisitudes inherentes a las mismas, - recordemos el adagio latino que dice: "Aquila non capizca mus cha".

FINIS CORONAT OPUS

"ESTA TESIS SE ELABORO
EN EL SEMINARIO DE DE-
RECHO PENAL, (CUYO-
DIRECTOR EN EL SR. DR.
RAUL CARRANCA Y RIVAS)
BAJO LA SUPERVICION --
DEL SENOR LICENCIADO
CARLOS VIDAL RIVEROLL"