

Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

**ESTUDIO DOGMATICO
DEL DELITO DE TERRORISMO**



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

DINORA GALVEZ REJON

MEXICO, D. F.

1 9 7 3



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

A MI HIJA

o

A MIS PADRES

A MI HERMANO

A MIS MAESTROS

A MIS AMIGOS.

Quiero expresar en forma muy especial el gran -
agradecimiento que siento hacia mi querido maestro el -
Lic. Fernando Castellanos Tena, no solo por las maravi-
llosas cátedras que tuve el honor de escucharle, sino, -
de manera más personal, porque gracias a él pude yo rea-
lizar este trabajo.

I

INTRODUCCION

¿Tiene el hombre derecho a privar de la libertad a otro hombre?

El Derecho Penal, creado y sancionado por legisladores representantes de cada nación, establece para cada delito un número determinado de meses o años durante los cuales quien ha delinquido no podrá gozar de su libertad.

¿Cuál es la finalidad del encarcelamiento, castigar al delincuente o evitar que vuelva a delinquir?

El privar de la libertad por un corto tiempo no puede tener por fin el evitar, encerrándolo, que el preso vuelva a delinquir, sino únicamente castigarlo para que cuando salga libre tema volver a la cárcel y por lo tanto volver a realizar un ilícito. Estos casos son los de una infracción no muy grave, cuando los bienes amenazados o dañados no son muy importantes, o existía una circunstancia que disminuía la culpabilidad.

Es diferente cuando la pena es de muerte o perpetua, entonces, en vista de la peligrosidad del sujeto y del daño que causó, y principalmente, del que puede seguir causando, se le mata o encierra para toda su vida.

En el Distrito Federal no hay pena de muerte ni cadena perpetua; la pena máxima es la prisión durante 40 años, y podríamos pensar que su finalidad es evitar que se vuelva a delinquir por la avanzada edad a la que

II

recobra la libertad; sin embargo, si alguien empieza a purgar esa condena a los 20 años, lo que es muy remoto, sale a los sesenta, edad en la que un hombre todavía es bastante fuerte como para poder delinquir otra vez, sobre todo si lo mueve el odio hacia la humanidad, perfectamente justificado si pensamos que la mayor y mejor parte de su vida la pasó encerrado.

Muchos filósofos han soñado con que el hombre no sea lobo del hombre, que conserve el orden creado por Dios, el paraíso que perdió Adán, donde el gato y el ratón, el león y la gacela vivían en paz simplemente no dañando a su vecino y respetando sus derechos.

Dios creó al hombre y lo colocó en igualdad de condiciones, con suficiente de todo para todos, Dios no creó el infierno sino que fué el mismo hombre aquí en la tierra la primera vez que no se conformó con lo que le correspondía y quiso lo del prójimo sin importarle qué sucedería con éste. El animal mata al animal para comer o defenderse, el hombre al hombre para tener más.

Siendo así, fué necesario establecer un orden humano ya que el divino no era respetado, y con la primera sociedad apareció el primer castigo protegiendo a sus miembros primero, mediante la venganza privada, hoy mediante la pública.

Si tenemos que aceptar la necesidad de que el hombre prive de la libertad al hombre, no acepto, bajo ninguna circunstancia, que le prive de la vida. Imaginemos un caso terrible, el asesinato de varios niños, jóvenes, mujeres atormentándolos primero, yo podría ser la madre, la esposa, la hermana de alguno de ellos qui-

III

siera que al asesino se le atormentara y matara de la misma manera, pero no se trata de volver a las sociedades primitivas y a la venganza privada; la sociedad se protege a sí misma tratando de que no se cometan delitos, para que esa protección sea real, debe alcanzar a todos sus miembros, aún a los delincuentes.

La pena de muerte no tiene una razón que la justifique si se alega la peligrosidad del sujeto, basta con la cadena perpetua para acabar con el peligro.

Mucho se ha escrito respecto al tiempo que transcurre entre el pronunciamiento de la ejecución y su realización, ¿quién sabe si el juez que la declaró, conviviendo con el reo no se arrepintiera de haberlo hecho!; creo que si no sintiera arrepentimiento, sería tan malvado y duro de corazón como el hombre a quien condenó.

Además deben tomarse en cuenta las circunstancias personales de quien se pretende condenar a la pena máxima; ¿cuánta culpa tiene la sociedad en la formación de esa alma criminal? Por su egoísmo, ¿cuántas miserias le dejó soportar?, ¿qué hizo para remediar su ignorancia, para hacerle gozar y conocer lo hermoso y noble de la vida? ¿Quién sabe si esa sociedad que pretende matar en nombre de la justicia y del Derecho no fué un aparato ortopédico que deformó desde la niñez al hombre a quien quiere privar de todo lo que nunca le dejó gozar, convirtiéndolo en fiera, ya causado de ser víctima!

Respecto al delito que me ocupa, el terrorismo, - es uno de los delitos que más daño causa, que destruye los bienes, la salud o la vida de personas totalmente inocentes; pero aún así no está justificado matar al te

IV

terrorista que generalmente no busca un interés propio, - sino que lo guía un fanatismo igual al de los cruzados_ y mahometanos hace siglos, y al de los racistas nortea-mericanos, y católicos y protestantes ingleses actual-mente.

Un terrorista es simplemente un criminal arbitra-rio e impositivo, como todos los fanáticos, que quiere_ obligar a los demás a hacer lo que él piensa que es lo_ mejor empleando la fuerza en vez de la razón.

Por eso creo muy acertado el haber incluido este_ delito en el Código Penal para el Distrito y Territo---rios Federales, habiéndole además asignado el límite má-ximo de penalidad que acostumbra, pues considero que el terrorista es uno de los criminales más peligrosos no - sólo por el daño que puede causar a los ciudadanos indi-vidualmente, sino por la inestabilidad e incertidumbre_ en que pretende colocar al gobierno y verter sobre la - vida pública del país en general.

CAPITULO I

LA CONDUCTA EN GENERAL.

"La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito". - (1).

Comportamiento humano: es el actuar, el hacer de los hombres; este comportamiento es la materia prima no solo del Derecho Penal, sino de cualquier derecho.

Voluntario: la conducta, para que pueda ser elemento esencial necesita ser concebida y llevada a cabo libremente, sin coacción física o moral alguna. De no ser así, no se configura el delito, ya que la conducta no podría ser culpable.

Positivo: cuando el comportamiento es un hacer, - un actuar en el tiempo y en el espacio; hay un desplazamiento de energía.

Negativo: es cuando el comportamiento es un no hacer, no hay desplazamiento de energía, solo violación - de una norma penal que ordena hacer lo que no se hizo.

Toda conducta humana se encamina a un propósito, conciente o inconciente, pero como elemento del delito su propósito será realizar un comportamiento tipificado como delito.

(1) Lineamientos elementales de Derecho Penal", Fernando Castellanos Luna, Pág. 197, 3a. Ed., Jurídica Mx., - 1965.

También el maestro Mariano Jiménez Huerta usa el concepto conducta y explica que es el "término más adecuado para recoger en su contenido conceptual diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, y no solo ésto, sino que refleja también - el sentido finalista que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder afirmar que integran un comportamiento dado". (2)

Celestino Porte Petit señala la conveniencia de utilizar también otro vocablo: hecho, para referirse a la conducta delictiva aunada a un resultado típico material, y dice: "no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo".(3). Castellanos Tena se afilia a esta opinión, en cambio, Luis Jiménez de Asúa dice: "El primer carácter del delito es ser un acto (e indistintamente acción latu sensu) y no hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza, en cambio, acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta".(4)

Consideramos útil la diferenciación entre conducta y hecho que emplean los maestros Castellanos y Porte Petit, pues si bien Luis Jiménez de Asúa tiene razón en el significado gramatical de hecho, hay muchas palabras

(2) "Panorama del Delito". Mariano Jiménez Huerta, Méx. - 1950. Pág. 7 y 55.

(3) Programa de la Parte General del Derecho Penal.- Celestino Porte Petit. Pág. 160. Ed. Porrúa. Méx. 1960

(4) La Ley y el delito.- Pág. 260. Luis Jiménez de Asúa. Caracas.

que gramaticalmente significan una cosa y en la técnica jurídica otra, y aún ésta ha inventado términos que le son propios, como cualquier otra ciencia o técnica lo ha hecho desde su nacimiento. Y decimos que es útil la diferenciación porque si bien hay delitos con un resultado material, como el homicidio, los hay sin ese resultado vgr. el abandono de atropellados, donde la figura delictiva se conforma independientemente de lo que sucede con el atropellado.

Antolisei dice que el resultado es el efecto natural de la acción relevante para el Derecho Penal. En cuanto es efecto natural de la acción, el resultado es necesariamente una modificación en el mundo exterior.(5)

Algunos autores critican que hay delitos que tienen por resultado una modificación del mundo interior, haciendo alusión a los delitos de injuria, difamación, etc. A ello responde Roceo diciendo que cuando se habla de mundo exterior se entiende no el exterior frente a todos y cada uno, sino en cuanto al agente o sujeto activo; por lo tanto, puede tratarse de algo interior respecto al pasivo.(6)

No todos los delitos precisan de un resultado para configurarse. Lo más probable es que desde el punto de vista de los hechos lo haya, pero aún cabe la posibilidad de que no sea así. Depende de la descripción del tipo que para configurarse el delito sea necesario un resultado material; poníamos el ejemplo del homicidio, cuya descripción típica es "privar de la vida a alguien" Art. 302 C.P.D.I. pero si la persona atacada, el su-

(5) La Acción y el resultado en el delito. Antolisei. Trad. del italiano José Luis Pérez Hernández. Pág. 139. Ed. Jurídica. Méx. 1999.

(6) Cita Antolisei. La acción y el resultado en el delito. Pág. 139 a 142. Ed. Jur. Méx. 1999.

jeto pasivo, no muere, no hay homicidio. De acuerdo con Antolisei, cuando la descripción típica precisa de un resultado para que se configure el delito, éste es el resultado natural de la acción considerada delito; cuando el resultado no es relevante para la formación del ilícito legal no es necesariamente porque la acción típica no tenga un resultado material natural, pero en cambio, cuando la descripción típica incluye al resultado, éste siempre es el resultado material natural de la conducta delictuosa.

La definición que citamos de conducta dice que es el comportamiento positivo o negativo; ahora bien, cuando pensamos que alguien realizó un delito, lo asociamos a una acción, a un hacer tipificado, pero cuando la norma penal no prohíbe un hacer determinado sino que obliga a realizar cierta acción, el delito se configura al dejar de realizarla, estos delitos se llaman de omisión. La palabra omisión implica inactividad, abstención, y así; en este tipo de delitos se infringe la norma penal que ordena, tan solo con un no hacer.

Si los delitos de acción pueden o no tener un resultado material, en los de omisión sucede lo mismo. Cuando no hay resultado material se llaman delitos de omisión simple, pues todo permanece exactamente igual en el mundo exterior, el único resultado es la infracción a la norma dispositiva. Cuando hay un resultado material, además del jurídico, el delito se llama de comisión por omisión; y es donde a causa de la inactividad del sujeto activo hubo una mutación en el mundo exterior, sufrió un perjuicio el sujeto pasivo. El nuestro Parte Penal lo define como "un no hacer voluntario, violando una norma preceptiva y otra prohibitiva." (7).

(7) Programa de la Parte General de Derecho Penal. Compendio Parte Penal, P. Los Ríos, 1964.

Por ejemplo, el abandono de un herido, si éste muere - fué por no habersele prestado ayuda a tiempo, se está - violando una norma que obliga a hacer, pero al morir - quien dejó de prestar ayuda realizó un homicidio al pri - varlo de la vida, así viola una norma preceptiva y una - prohibitiva; cometió el delito de homicidio por omitir - prestar ayuda.

Edmundo Mezger señala con precisión la diferencia:

- 1.- Es delito de Acción "cuando la ley sanciona con una pena determinado acontecimiento; ejemplo: la muerte dolosa de un hombre.
- 2.- En los delitos de omisión propia la simple omisión puede constituir el fundamento de la pena.
- 3.- Delitos de comisión por omisión: delitos cometidos mediante una omisión pero con un determinado resultado; la madre que dolosamente y con deliberación - deja morir de hambre a su hijo comete un delito de - asesinato.(8)

En los delitos de comisión por omisión así como - en los de acción, el resultado material típico tiene - que ser consecuencia inmediata de la acción o de la omi - sión, o sea , que debe existir una relación de causalidad entre la conducta y el resultado material típico. - Se han elaborado varias teorías que explican cómo debe - ser la relación de causalidad; algunas aceptan solamente como causa del resultado la más eficaz, la determi - nante, la única sin la cual no se hubiera llevado a ca - bo el resultado. Nuestro Código Penal acepta la parti -

(8) Tratado de Derecho Penal, tomo I págs. 106 a 108, - Tratado, José Arturo Rodríguez, Ed. Revistera de Ur. Priva - do Madrid 1976.

cipación en la comisión de delitos y la teoría de la causa más eficaz no, por eso para nosotros no es aceptable. Se ha criticado mucho la teoría de la equivalencia de condiciones para la cual todas las circunstancias que influyeron en la producción del delito son esenciales pues sin una de ellas no se hubiera dado el resultado típico, entonces se puede llegar al absurdo que cita el maestro Castellanos: "Si la teoría tuviera esa importancia en el orden penal, debían castigarse como coautores en el delito de adulterio no solo a la mujer casada que cohabita con varón que no es su marido y a quien yace con ella, sino al carpintero constructor de la cama.(9) Pero no basta para considerar como causa de un delito el que una conducta ayude a realizarlo, sino que esa conducta debe tener los elementos esenciales del delito, ser típica, culpable, antijurídica, etc.

En la definición de conducta se dice que ésta es el comportamiento humano; así, el sujeto de ella es el hombre, la persona humana, sujeto de derecho.

En las antiguas sociedades humanas no era solamente el hombre el sujeto del derecho penal; aún en época de la inquisición castigaban a animales, matándoles por considerarlos aliados del demonio. Hoy, la teoría penal admite como único sujeto de derecho al hombre, pero aún hay controversia en cuanto a las personas morales que indiscutiblemente son sujetos de derecho civil, mercantil, obrero, constitucional, etc., pero no así del derecho penal. Mucho se discutió para definir lo que era una persona moral o jurídica, quizá la teoría más aceptable es la de Ferrara que la define como la unidad psíquica de varias personas físicas, pero al constituir

(9) Carlos Bludny, citado por Méndez de Arriba en La Ley y el Delito, P.229 edic. A. Bello. Caracas 1945.

se esa unidad se convierte en una persona aparte de las que la forman, y por esta conclusión dicen que la teoría de Ferrara es una ficción al darle a la unidad de personas físicas vida propia como persona moral.

Quizá podamos explicar por qué la persona jurídica no puede ser sujeto del derecho Penal basándome precisamente en la ficción de Ferrara; naturalmente que si es la unión de personas físicas la que da vida a la persona jurídica, una vez creada ésta no pueden desaparecer o considerarse irrelevantes las personas físicas que la forman, porque son ellas quienes hacen funcionar a la persona moral, la administran, reciben los beneficios y en el caso de las sociedades comanditas son responsables económicamente. Así, llegamos a la conclusión de que la persona jurídica es un instrumento legal de que se sirven las personas físicas para lograr ciertos fines lucrativos o culturales y sociales (sociedades civiles); aún cuando se discute que la persona jurídica funciona perfectamente aunque cambien constantemente las personas físicas y no se sepa siquiera quienes son éstas, como en el caso de las sociedades anónimas, el hecho de que cambien o no se sepa quienes son no quiere decir que no existan y sean necesarias, y es muy relativo el que no se sepa quienes son porque siempre habrá un socio mayoritario perfectamente conocido y directamente interesado en el manejo y futuro de la sociedad. Por lo tanto, detrás de esa construcción jurídica no hay más que personas que también son sujetos del derecho penal, y si alguna de ellas delinque cometiendo fraude, por ejemplo, y usando para ello a la persona jurídica, no es a ésta a quien se le considera culpable ni a quien se castiga, sino a la persona física; así mismo, aunque fueran todos los socios quienes a nombre de la sociedad que forman, delinquieran por su cuenta y por su cuenta no se considerara culpables y no a la sociedad.

da y si bien el juez penal decretará la disolución de la sociedad, no será como castigo sino como medida precautoria para que no se sigan realizando más delitos, como quien clausura una tienda donde se vende contrabando.

E. Mezger cita "el parágrafo 393 de la Ordenanza tributaria del Reich del 13 de Dic. de 1919 donde se reconoce la posibilidad de imponer penas pecuniarias incluso a personas jurídicas y sociedades en que sea necesario la demostración de la culpabilidad de una persona física, siempre que en el desarrollo de las actividades de dichas entidades se hayan cometido infracciones de los preceptos tributarios".(10) Se trata de una infracción tributaria y no de un delito, por lo tanto no hay problema con la sanción, ya que también es embargable una sociedad.

Beling dice que el castigo de las personas jurídicas no solo es una enorme injusticia, sino también inútil, así, combate la Lege Ferende - delito de corporación.(11)

El sujeto del Derecho Penal puede ser activo o pasivo, pero el maestro Castellanos Tena dice que el sujeto pasivo y el ofendido no siempre coinciden y pone de ejemplo el homicidio, donde el sujeto pasivo es quien ha sido privado de la vida pues "resistente el daño causado por la infracción penal",(12) y el ofendido, los familiares del occiso que son los titulares "del de

(10) Treatado de Derecho Penal, tomo I. Pág. 163. Trad. d. A. Rodríguez J. d. Revista de Derecho Privado, Madrid - 1933.

(11) Treatado de Derecho Penal, 6^o Ed. vol. V. Pág. 3 Nota 2, Ed. Meridiano, Madrid 1961.

(12) El Invasión y Invasión de Derecho Penal, d. Castellanos Tena, Pág. 196, Ed. Jurid. Mex. 1965.

recho violado y jurídicamente protegido por la norma".
 (13) Nosotros no estamos de acuerdo, pues pensamos que el sujeto pasivo y el ofendido siempre coinciden, pues el daño se causa precisamente al no respetar los derechos tutelados por las normas, así, el titular del derecho violado es siempre quien resiente el perjuicio de su violación, y usando el mismo ejemplo del homicidio, considero que quien es privado de la vida es el titular del derecho violado y protegido por las normas jurídicas, es titular del derecho a la vida que es personalísimo e intransferible; aunque para fines prácticos en cuanto a la persecución del delito sean los familiares o personas interesadas, junto con el Ministerio Público los titulares de la acusación penal, ya que la víctima no puede serlo por estar muerta.

LA CONDUCTA EN EL DELITO DE TERRORISMO

Es un delito de acción, ya que el Art. 139 dice - que lo realiza "quien use explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego, o quien por cualquier otro medio - violento, realice actos contra las personas, cosas o - servicios al público, que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación".

Para realizarlo hay que usar explosivos, etc., o actuar contra las personas, etc.; estos dos verbos indi-

(13) Lineamientos Elementales de Derecho Penal, F. Castellanos Luna, Eqg. Pto. de la Lit. Jurid. Mex. 1965.

can una actividad positiva de hacer y en general el Art. 139 habla de violencia, y para que ésta exista se necesita llevar a cabo acciones de bastante movimiento corporal.

El tipo describe no solo una conducta, sino un hecho, ya que independientemente de los destrozos, daños materiales o personales que pudieran resultar, se necesita que por el medio que fuera "se produzca alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella". Pongamos un ejemplo: uno o varios terroristas explotan bombas lacrimógenas en medio de un desfile, - ésto produce alarma pero nadie sufre daño alguno, basta con haber perturbado la paz pública y producir miedo en los demás para que se configure el hecho delictuoso; la acción es arrojar las bombas lacrimógenas, el resultado el temor de los demás y hay un indiscutible nexocausal entre acción y resultado. Si no se hubiera logrado producir alarma, cuando menos, no habría delito, así necesariamente ha de haber un resultado material para que se configure.

Lo más probable es que no solo se produzca alarma, temor o terror, sino que también haya daños materiales y personales, entonces, aparte del delito de terrorismo se habrán cometido delitos de lesiones, homicidio o daño en propiedad ajena, pero la pena a que se sentencie al responsable (si bien se le juzgará no sólo por el delito de terrorismo, sino por uno o más de los ya mencionados) no podrá ser acumulativa, ya que el Art. 18 dice: "Hay acumulación siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos..." y en este caso todos los delitos que se hubieren cometido fueran en un solo acto, por lo tanto, interpretando a contrario sensu: no hay acumulación cuan-

do alguno es juzgado a la vez por varios delitos ejecutados en un solo acto. Esto contradice la parte del Art. 139 que dice: "Se impondrá pena de prisión de 2 a 40 años y multa hasta de \$ 50,000.00, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten..." ya no se podrán imponer mas penas que la máxima establecida en el Art. 139 aunque resulten delitos de homicidio, porque no puede haber acumulación de penas en delitos cometidos en un solo acto como sería en el terrorismo.

Dijimos que de acuerdo a la definición del maestro Castellanos Tena, conducta es el comportamiento humano, positivo o negativo, encaminado a un propósito; la conducta en el delito de terrorismo es positiva y el propósito es producir "alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella para perturbar la paz pública o tratar de menoscabar la autoridad del Estado o presionar a la autoridad para que tome una determinación"; la pena a este delito es de 2 a 40 años de prisión y multa hasta de \$ 50,000.00 porque la intención, y quizá los resultados, es muy grave, intenta provocar inquietud en la opinión pública para lograr un cambio de gobierno o presionar a las autoridades a cambiar de política; entonces es lógico que el poder público dé tanta importancia a este delito que ya moralmente es tan reprobable, no porque piense que en un momento dado no fuera bueno presionar y aún cambiar autoridades, sino porque el método es muy sucio, se están usando inclusive vidas inocentes para lograr su propósito.

Es un delito de resultado o material; de lesión, puesto que aunque no afecte la salud física de persona alguna, o cause daño en propiedades, sí produce alarma, temor, terror en la población y perturba la paz pública.

La descripción típica señala estos resultados como necesarios para consumir el delito, ya que aunque se usen - explosivos, se incendie, se use un medio violento, etc., si no se produce alarma, temor o terror en la población no se trata de terrorismo, sino de daño en propiedad - ajena o cualquier otro delito; y si se causa alarma, te mor, y, o terror, necesariamente se está alterando la - paz pública. Respecto a menoscabar la autoridad del Es tado, o presionar a la autoridad para que tome una de-- terminación, son propósitos que quieren lograr los te-- rroristas, pero aunque no lo consigan el delito de te-- rrorismo se configura.

Es instantáneo.- Porque se perfecciona en el momento de usar explosivos, etc., alterando con ello la paz pública.

No es continuado como lo podría ser el sabotaje; ni permanente como sería la rebelión, cuya pena máxima es de 20 años de prisión, en cambio la pena máxima para el terrorismo es de 40 años, al igual que para el delito de traición a la patria y genocidio, a pesar de que el menoscabo a la autoridad del Estado, la presión que se ejerce sobre éste y la alteración de la paz pública son mayores tratándose de una rebelión que de una traición a la patria o de un acto de terrorismo, pero el le gis lador no sólo sanciona la alteración de la paz y el menoscabo de autoridad, sino el medio sucio, retorcido, anormal e inoble de lograrlo. Tanto un terrorista como un rebelde están en desacuerdo con la política o el régimen de gobierno, y los dos tratan de cambiarlos, pero el rebelde lo hace con valentía, francamente y de frente; y el terrorista ocultándose, exponiendo la vida de per sonas que él siquiera concierne sus propósitos, esturbiando, forzando mediante raudos trucos,

Es complejo, porque al hablar de actos contra las cosas, personas, o servicios al público implica la ejecución de delitos como homicidio, lesiones, daño en propiedad ajena, etc., y en la misma redacción del artículo se habla de la posible comisión de otros delitos: - "sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten".

Cabe también el caso de que el delito de terrorismo sea unisubsistente, pero solo si el terrorista realiza los actos de violencia contra propiedades suyas y - sin causar daño a ninguna persona o servicio público.

Es unisubjetivo: Porque el tipo no requiere la necesaria concurrencia de dos o más sujetos en su perpetración.

Es de lesión y no de peligro, Mazini los define - como los que "como elemento constitutivo o como condición de punibilidad exigen que el hecho produzca una modificación en el mundo exterior directamente lesiva del bien jurídico protegido por la ley mediante la incriminación."(14)

El ofendido es la población o la parte de ella - que sufre alarma, temor, terror y el Estado.

El objeto material se identifica con las personas, cosas o servicios públicos contra los que se realiza la violencia o la acción criminal.

El objeto jurídico es la paz pública y la seguridad del Estado.

(14) Tratado de Derecho Penal, Pág. 84, tomo II, Edt. - Ullar, Buenos Aires, 1948.

AUSENCIA DE CONDUCTA EN GENERAL

Siendo la conducta uno de los elementos esenciales del delito, si ésta falta no hay delito.

No hay conducta, jurídicamente hablando, cuando quien realiza el ilícito penal lo hace "impulsado por una fuerza física exterior irresistible" Art. 15, I.C. P.D.T.F., o no humana.

Cuando la fuerza exterior procede de personas se llama vis absoluta, cuando son fuerzas no humanas es vis maior; también anulan la conducta los movimientos reflejos.

El maestro Jiménez de Asúa explica por qué se anula la conducta en estos casos. "En general, puede decirse que toda conducta que no sea voluntaria - en el sentido de espontánea - y motivada, supone ausencia de acto humano." (15).

En efecto, un hombre impulsado por una fuerza física irresistible actúa igual que una máquina.

El maestro Ignacio Villalobos detalla más: "Y si en el supuesto en que la causa sea o no una fuerza no humana, gramaticalmente pudiera o no convenir al hecho la denominación de "caso fortuito", no hay que olvidar que el tecnicismo jurídico penal se ha empeñado en distinguir la excluyente de culpabilidad que consigna con este nombre, refiriéndose no solo a casos en que el hombre actúa, como cuando pone un vehículo en movimiento y el daño penal se produce por la combinación de ese acto

(15) La ley y el delito, Jiménez de Asúa, Pág. 220, An. de D. B. Buenos Aires, 1959.

del sujeto con algo imprevisto e inevitable (como la -
 ruptura del mecanismo de la dirección, la caída de una -
 persona sobre la vía) supuestos en que no faltan sino -
 la previsión y la evitabilidad de lo ocurrido; el que--
 rer o el consentir; el dolo y la culpa en pocas pala---
 bras constituyen así un excluyente solo de culpabilidad.
 En cambio, cuando el sujeto no pone en movimiento algo -
 voluntario de su parte que pudiera ser siguiera causa -
 ocasional de lo que luego ocurre, no solo falta la cul-
 pa en él, sino que hay ausencia total de un acto suyo".
 (16).

Los movimientos reflejos no son una fuerza exte--
 rior, pero son igualmente irresistibles y la voluntad -
 conciente no interviene en ellos, es algo totalmente me-
 cánico.

AUSENCIA DE CONDUCTA EN EL DELITO DE TERRORISMO.

Es posible que alguien fuerce materialmente a o--
 tra persona a lanzar una bomba, a incendiar, a causar -
 una inundación para producir alarma, temor, terror y al-
 terar la paz pública. Por lo tanto, sí puede haber au-
 sencia de conducta en el delito de terrorismo.

(16) Derecho Penal Mexicano. Ignacio Villalobos, Pag. 31,
 y 32. Méx. 1966.

del sujeto con algo imprevisto e inevitable (como la - ruptura del mecanismo de la dirección, la caída de una persona sobre la vía) supuestos en que no faltan sino - la previsión y la evitabilidad de lo ocurrido; el que-- rer o el consentir; el dolo y la culpa en pocas pala--- bras constituyen así un excluyente solo de culpabilidad. En cambio, cuando el sujeto no pone en movimiento algo voluntario de su parte que pudiera ser siguiera causa - ocasional de lo que luego ocurre, no solo falta la culpa en él, sino que hay ausencia total de un acto suyo". (16).

Los movimientos reflejos no son una fuerza exte--- rior, pero son igualmente irresistibles y la voluntad - conciente no interviene en ellos, es algo totalmente me cánico.

AUSENCIA DE CONDUCTA EN EL DELITO DE TERRORISMO.

Es posible que alguien fuerce materialmente a o--- tra persona a lanzar una bomba, a incendiar, a causar - una inundación para producir alarma, temor, terror y al terar la paz pública. Por lo tanto, sí puede haber ausencia de conducta en el delito de terrorismo.

(16) Derecho Penal Mexicano. Ignacio Villalobos. Pag. 31, y 32. Méx. 1935.

CAPITULO II

TIPO Y TIPICIDAD

"El tipo es la creación legislativa; la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto."(1)

Carrancá y Trujillo dice que "la acción antijurídica ha de ser típica para considerarse delictiva. La acción ha de encajar dentro de la figura de delito creada por la norma penal positiva, pues de lo contrario al faltar el signo externo distintivo de la antijuricidad penal, que es la tipicidad penal, dicha acción no constituirá delito. Pero puede existir la tipicidad penal sin que exista acción antijurídica, como ocurre con las causas de justificación en las que hay tipicidad y también juricidad, por lo que el delito no existe."(2)

Beling y Liszt opinan que tipo es el delito mismo, la suma de todos sus elementos constitutivos.

Para Mezger, es "el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; el conjunto de características de todo delito; para diferenciarlo del tipo específico integrado por las notas especiales de una concreta figura del delito"(3).

(1) Elementos elementales de Derecho Penal, F. Gastón Flórez Luna, Pág. 216, Trujillo Ed. Jurídica Mex., 1965.

(2) Derecho Penal Mexicano, Raúl Carrancá y Trujillo, Pág. 216 y 217, Ed. Trujillo, 1962.

(3) Tratado de Derecho Penal, Edición Mezger, Pág. 365, Tomo I, Pág. José Arturo Rodríguez, Ed. Rev. de Derecho -

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos lo define como "la descripción concreta, hecha por la ley, de una conducta a la que en ocasiones se suma un resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal. Tipicidad es la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa."(4)

Carrancá y Trujillo señala que, "aceptando y aceptado en nuestro derecho el dogma de nullum crimen sine lege, y correlativamente el de que no hay delito sin tipo legal al que corresponda la acción, puede afirmarse que la tipicidad es elemento constitutivo del delito y que sin ella no sería inculminable la acción.

Como elementos integrantes del tipo normal distínguese en nuestro derecho: el sujeto activo del delito, indeterminadamente denominado por medio de las expresiones "el que" o "al que"; la acción con sus modalidades propias, descritas mediante el empleo del verbo y en último el sujeto pasivo del delito o sea aquel sobre - - quien recae la acción típica y que nuestra ley denomina otro.(5)

No siempre se diferencié la tipicidad de los demás elementos del delito, se le confundía con ellos incluyendo el dolo y la culpa; en 1905 Böling la independizó, Jiménez de Asúa (6) lo cita diciendo que la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, totalmente aparte de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

(4) Manual de Derecho Penal. Pág. 243 y 244, Ed. Porrúa, Mex. 1962.

(5) Derecho Penal Mexicano, págs. 218 a 219, Ed. Porrúa, Mex. 1962.

(6) La Ley y el Delito, Luis Jiménez de Asúa, págs. 296 a 297, Ed. A. Hellen, Caracas 1945.

Sigue evolucionando el estudio de la tipicidad y, en 1915, Max Ernesto Mayer, dice que la tipicidad no es una descripción y le atribuye un valor indiciario de antijuridicidad.

De 1926 a 1931 Edmundo Mezger planteó la "ratio - essendi" de la antijuridicidad y Jiménez de Asúa dice - que "para Mezger el delito es acción típicamente antijurídica y culpable no en forma independiente, sino que - la conducta debe ser típicamente antijurídica entrelazando como razón esencial la antijuridicidad."(7)

A nuestro juicio la tipicidad es un elemento independiente de la antijuridicidad pues aunque una conducta sea antijurídica puede no ser típica, o, a la inversa, aunque la conducta sea antijurídica puede no ser típica, como en el caso del terrorismo, donde las conductas que encajaran en la descripción del Art.139 eran antijurídicas, y sin embargo hasta antes del 29 de julio de 1970 que fue cuando se creó ese artículo no eran típicas.

Jiménez de Asúa dice que "tipo es la abstracción concreta, trazada por el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito."(8) No está de acuerdo en que esa descripción contenga elementos no objetivos, y afirma: "si bien los elementos normativos se ligan a lo injusto, no se puede aceptar que se consideren fuera del tipo, cuando al describirlos se hicieron constar en él por el legislador y que "vinculados" a la antijuridicidad, constan en la descripción típica y obligan al juez instructor a sobrepasar su función propia, meramen-

(7) La ley y el delito, Luis Jiménez de A., págs.206 a 207, Ed.A.Bohlo. Caracas 1945.

(8) Tratado de Derecho Penal, Pág. 664, tomo III, Según da Ed. Lusacla, Buenos Aires.

te cognocitiva, para entrar en valoraciones de carácter normativo. No hay razón para que el legislador inserte estos elementos en los tipos, pues debido a su impaciencia, en vez de contentarse con una mera descripción objetiva se obliga al juez a realizar anticipadamente una valoración normativa."(9)

Los tipos se han clasificado en:

- 1.- Fundamentales o básicos: los son en virtud de que - la "violación a la norma no implica ni atenuación - ni agravación de la penalidad."(10); o bien, porque la lesión del bien jurídico basta por sí sola para integrar el delito.(11). Desde otro punto de vista, se consideran fundamentales los tipos que, por decirlo así, forman una familia de delitos, ya que - el bien jurídico que lesionan es el mismo; por ejemplo, los delitos contra el patrimonio.
- 2.- Especiales: Se integran cuando al tipo básico se le agrega otra característica tan importante que nace un delito diferente, por ejemplo el parricidio en - donde la agravante al homicidio es tal, que éste - deja de existir y se configura otro diferente.
- 3.- Complementado: no deja de existir el tipo básico, - pero se modifica en tanto se agrega una nueva característica; por ejemplo, el robo entre ascendiente y descendiente.
- 4.- Autónomos o independientes: estos tienen vida por -

(9) Tratado de Derecho Penal, Pág. 280, tomo III, Segunda Ed. Lozada, Buenos Aires.

(10) Derecho Penal Magliore, Pág. 292, tomo I, Ed. Lozada, Bogotá, 1954.

(11) La Hiplicidad, Jiménez Guerra, Pág. 92, Ed. Porrúa, Ed. - 1955.

sí mismos dentro del sistema o catálogo de los delitos.

- 5.- Subordinados: cuando a un tipo básico se agregan - ciertas circunstancias que lo modifican un poco, esta mos ante un delito subordinado. No creemos que - haya diferencia entre un delito complementado y uno subordinado, pues los primeros son siempre subordinados.
- 6.- De formulación libre o precisa: Antolisei dice que son aquellos delitos que pueden ser realizados con cualquier actividad que produzca un determinado resultado.(12). Por ejemplo, el homicidio lo realiza "quien priva de la vida a otro" cualquiera que sea el medio empleado.
- 7.- Casuísticos alternativos: establecen varias posibles maneras de realizar el delito, y con cualquiera de ellas se tipifica; por ejemplo, el terrorismo puede cometerse con explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego, incendio, inundación o con cualquier otro medio violento, utilizándolos contra las personas, cosas o servicios públicos, causando alarma, etc., para perturbar la paz pública o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación.

Este es el más amplio ejemplo de tipo alternativo, ya que lo es en la conducta (violencia en cualquier forma), medios de realizarla, y en los objetos jurídicamente tutelados (paz pública, etc.).

(12) Manual de Derecho Penal, parte general, Pág. 190, Milán 1935.

- 8.- Casuísticos acumulativos: describen varias hipótesis comisivas; el delito se configura cuando se realicen todas las hipótesis descritas, por ejemplo: - la sedición, pues para que se configure es necesario que en forma tumultaria y sin el uso de armas - se impida a la autoridad el ejercicio de alguna de sus funciones.
- 9.- Normales: cuando la descripción del tipo es objetiva, ejemplo: el incesto, art. 272 "se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes."
- 10.- Anormales: cuando en la descripción del tipo se incluyen elementos normativos o subjetivos que impliquen una valoración, por ejemplo: desobediencia de particulares art. 178: "Al que sin causa legítima rehusare prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad,"; las expresiones "sin causa legítima" y "mandato legítimo" implican una valoración del juez para establecer si son legítimos o no.

Esta expresión bastante común en la redacción del Código Penal es totalmente innecesaria, pues solo se utiliza para dar relevancia al elemento antijuridicidad que es propio de todos los delitos, así, el art. 178 que dimos como ejemplo, podría decir: "al que rehusare prestar un servicio de interés público al que la ley lo obligue"... Claro que no siempre los delitos anormales se refieren a la antijuridicidad, éste fué solo un ejemplo.

- 11.- De daño: En este caso, el tipo se colma si el bien tutelado sufre menoscabo. Ejemplo: homicidio, para que se configure es necesario que se prive a alguien de la vida; si no ocurre, solamente habrá intento de homicidio o lesiones, o ambos.
- 12.- De peligro: se configura el delito aun cuando no hubiera habido daño o menoscabo alguno a cosas o personas; por ejemplo los delitos de vagancia y malvivencia, donde el bien jurídico tutelado por la norma penal no sufre daño a pesar de que se configure el delito.

EL TIPO EN EL DELITO DE TERRORISMO

Lo constituye el art. 139: "el que utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego, etc., o por cualquier otro medio violento, realice actos contra personas, cosas... que produzcan alarma, temor... para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o de presionar a la autoridad para que tome una determinación."

El sujeto activo es "el que" produzca alarma, etc., para perturbar la paz pública, etc.

La acción consiste en perturbar la paz pública, tratar de menoscabar la autoridad del Estado o presionar a la autoridad para que tome una determinación; es un tipo fundamental.

Independiente: ya que no depende de otro tipo.

Es un ejemplo clarísimo de tipo casuístico, como

ra cinco maneras de realizar el delito y agrega "o por cualquier otro medio violento"; enumera también los objetos contra los cuales pueden dirigirse los ataques, y tres resultados inmediatos: temor, alarma o terror, y tres finalidades del delito. Ahora bien, pensamos que el peligro en un tipo que enumera tantas posibilidades es que la conducta delictiva no encaje perfectamente en todas sus modalidades, y entonces no se configure el delito, aunque en el fondo, la conducta si coincida con el espíritu del tipo. En tal virtud, a nuestro juicio son más prácticos los tipos de formulación precisa, como el caso del homicidio: privar de la vida a alguien; aquí no caben malas interpretaciones, o fallas de adecuación de la conducta al tipo; se trata solamente de la esencia de la conducta que constituye el delito. Se podría concretar la redacción del art. 139 sin menoscabo de su claridad diciendo: "...al que por cualquier medio violento realice actos contra las personas o cosas que produzcan miedo en la población o en un sector de ella, para tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación".

Finalmente es normal y de daño pues en primer lugar el tipo no consigna algún elemento que requiera de alguna valoración subjetiva, cultural o jurídica sino que solamente hace una descripción objetiva y, en segundo, porque efectivamente se dañan los bienes jurídicos que se pretenden titular, con la realización del evento criminoso.

ELEMENTOS DEL TIPO

Existen elementos que son comunes a todos los delitos; ellos son: sujetos activo y pasivo, conducta y objeto

tos, material y jurídico; otros, en cambio, solo son re queridos por algunos tipos. De esta clase resultan ser: los medios de ejecución, referencias espaciales, temporales, a elementos subjetivos del injusto, referencias a elementos normativos y de otra índole.

AUSENCIA DE TIPO Y TIPICIDAD EN GENERAL

No hay tipo, cuando una conducta que se considera nociva a la sociedad, y por lo tanto debiera estar consignada en el Código Penal, no lo está.

No hay tipicidad cuando la conducta no encaja per fectamente en la descripción del tipo a que se supone - corresponde.

ATIPICIDAD EN EL TERRORISMO

Los elementos del tipo son: sujeto activo, pasivo, objeto jurídico, las referencias temporales y espaciales, medios comisivos específicos, elementos subjetivos y el objeto material. Ahora bien, el art. 139 no menciona calidad especial en el sujeto activo; así, puede ser cualquier ser humano quien realice la conducta descrita. Solo cabe atipicidad en este caso si quien realiza la - conducta no es humano.

El sujeto pasivo es el Estado, representado por - sus gobernantes; pues si se tratara solo de los "actos realizados contra las personas" sería delito de lesiones u homicidio, pero los daños a las personas son so cundarios en la configuración del terrorismo, ya que no

lo son un medio para perturbar la paz que en última instancia redundaría en perjuicio de la estabilidad de un gobierno, o para menoscabar la autoridad del Estado, o bien para coaccionar a los gobernantes. Por lo tanto, habrá atipicidad cuando la conducta típica no lesione intereses estatales.

El objeto jurídico es precisamente proteger la paz, estabilidad y autoridad del Estado; habrá atipicidad si la conducta descrita no lesiona alguno de estos objetos, lo que es muy difícil ya que cualquier ataque a personas o cosas redundaría en alteración a la paz, cuando menos.

Tampoco es fácil encontrar atipicidad en lo que se refiere a la conducta, ya que el legislador enumera una larga lista de conductas, pero para que no se escape alguna dice también: "...o quien por cualquier otro medio violento realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios al público"... Lo esencial de la conducta es la violencia, pero físicamente es imposible atacar personas o cosas sin hacer uso de ella, disparar un arma de fuego, arrojar una bomba es violencia.

El objeto material en este caso son las personas, cosas o servicios públicos contra los que se realice la violencia. Por lo que solo habrá atipicidad si ésta no se realizó contra cosas o personas, lo cual es muy difícil porque contra algo o alguien tiene que ejecutarse.

El art. 139 no menciona referencia alguna temporal o espacial, así, desde este punto de vista no cabe la atipicidad.

No hay medios constitutivos específicos, pues aunque

el artículo que estudiamos diga: "...al que utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación..." también agrega: "...o por cualquier otro medio violento"... y en esta frase se engloban todos los medios comisivos (ya que cualquier medio comisivo materialmente ha de ser por necesidad violento, así se trate de envenenamiento). Así, en este caso tampoco cabe la atipicidad, si bien el artículo sigue diciendo: "... que produzcan alarma, temor, terror, en la población o en un grupo o sector de ella...", esto no corresponde a los medios comisivos, sino al resultado de la comisión, pero es tan importante que si el terrorista, haga lo que haga, no logra causar siquiera alarma en cuando menos dos personas (a una es imposible considerarla como grupo) no hay tipicidad. Es muy difícil que esto sucediera, pero cabe la posibilidad de atipicidad en este aspecto.

Por último, tenemos "...para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación", que dijimos, podemos resumir en coaccionar al gobierno; no se trata de un elemento subjetivo puesto que más que una actitud o estado mental es el fin práctico del ilícito y lo que lo hace ser terrorismo. Se puede alterar la paz pública, realizar violencia contra personas o cosas, pero si todo ésto no va encaminado a coaccionar a las autoridades y si esa intención no se lleva a la práctica o se comprueba o hace evidente, no hay delito de terrorismo por falta de tipicidad.

CAPITULO III

LA ANTIJURIDICIDAD

"Una conducta es antijurídica cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación." - (1)

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, pero eso no basta para que haya delito, se necesita que la conducta típica contravenga el sentido total del derecho, los valores que la norma penal protege.

Jiménez Huerta dice: "lo antijurídico implica desvalor, surge como un predicado de la conducta expresada negativamente y significa reprobación jurídica que recae sobre el hecho al ser puesto en relación y contraste con las esencias ideales que integran el orden jurídico, representa una negación del mundo del derecho; es aquéllo que según la experiencia ética del hombre debía no ser y es, sin embargo, por la victoria del hecho sobre la ley. . . . Una vez constatada la existencia de una conducta humana penalmente relevante, para que dicha conducta pueda llegar a considerarse, en última instancia, como delictiva, es necesaria que sea antijurídica."(2)

"... La antijuridicidad no es un concepto cortical que se agota pasando la vista por los artículos que

(1) Parte I del I, Programa de la Facultad General del Derecho Penal, P. 258, Méx., 1958.

(2) Jiménez Huerta, La Antijuridicidad, Imprenta Talver Altarriba, P. 9 y 10, Méx., 1957.

los códigos penales dedican a las eximientes de responsabilidad; es un concepto substancial de hondura profunda que solo puede ser captado adentrándose en las últimas raíces que fundamentan el orden jurídico"(3)

Petrocelli dice: "la no conformidad al derecho, o antijuridicidad de una acción deberá ser fijada valorando el carácter y los fines de la acción misma en relación a la dirección general del ordenamiento jurídico, cual resulta del conjunto de sus normas armónicamente consideradas, y del espíritu que lo anima.

Un hecho se dice antijurídico, o jurídicamente ilícito, cuando es contrario a derecho. Este calificativo de antijuridicidad se llama antijuridicidad o ilicitud jurídica, y expone precisamente la relación de contradicción entre un hecho y el derecho"(4)

La opinión de Sebastián Soler es: "que no basta observar si la conducta es típica, se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario"(5)

Aldo Moro sostiene un criterio totalmente subjetivo, dice que el derecho es "como voluntad que se impone a la voluntad del sujeto, motivado de tal manera que

(3) Jiménez Huerta, La Antijuridicidad, P.121, Imprenta Universitaria, Méx., 1952.

(4) Petrocelli, La Antijuridicidad, P. 1, Parte 1, Padova, 1962.

(5) Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, P. 50, El Ateneo, 1940.

el acatamiento, igual que la violación, son necesariamente proceso de voluntad, de donde resulta que la acción, para ser ilícita debe provenir de un sujeto imputable"(6)

Esta corriente pretende anular completamente toda distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, por cuanto un hecho no puede considerarse antijurídico sin mirarlo en cada caso a la luz del elemento psicológico, es decir de la culpabilidad; así, habría que analizar psicológicamente a cualquier presunto culpable. Hold Ferneck fué uno de los más firmes sostenedores de esta corriente, pretende encontrar la esencia de lo antijurídico en una especie de contradicción entre el hecho humano y la norma.

La ley la crea el legislador en base a su propia experiencia humana y legal, y a sus conceptos éticos y jurídicos que generalmente coinciden con los del resto de la población; pero no hay que confundir, como ciertos autores lo hicieron, el que la antijuridicidad el sentido o ética del derecho en general (que en última instancia lo constituyen las normas objetivas) y no la ética en general, porque entonces lo antijurídico no se referiría a los delitos sino a una conducta moralmente reprobable.

Se habla de una antijuridicidad material y otra formal, la primera tendrá lugar cuando la conducta perjudique el bienestar general, y será formal cuando vio-

(6) Citado por Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal, P. 343, Ed. Porrúa, Méx., 1967.

le la norma; casi siempre la conducta antijurídica lo es tanto formal como materialmente.

Pero, la antijuridicidad puede existir únicamente si existe una norma que la conducta antijurídica esté violando; tomando un ejemplo del maestro Castellanos Tena diremos que "si se infringe un precepto jurídico no correspondiente al modo de sentir de la colectividad (violaciones a una ley antirreligiosa en un pueblo eminentemente creyente) (7)" hay antijuridicidad formal y no material; si por el contrario, una conducta notoriamente perjudicial, por ejemplo, el privar de la vida a otro no estuviera plasmada como delito en una norma, no habría antijuridicidad formal, aunque perjudique los intereses colectivos. La antijuridicidad material existiría en base de todas las demás normas jurídicas que necesariamente protegerían la seguridad e integridad de la persona humana, pero sin ese mundo jurídico no puede haber antijuridicidad, solo conductas moralmente reprobables. Para que exista cualquier clase de antijuridicidad se necesita que haya una norma jurídica en base de la cual pueda calificarse de antijurídica una conducta; por consiguiente, la antijuridicidad material es completamente irrelevante, ya que aunque en determinado caso no existiera, sí habría antijuridicidad formal y todo seguiría igual.

El maestro Franco Guzmán dice: "La antijuridicidad es una e indivisible, y no puede hablarse seriamente de una antijuridicidad propia del Derecho Penal, aunque puede, y de hecho así se hace, limitarse a un campo determinado... cuando se habla de una ilicitud pe

(7) F. Castellanos Tena, Elementos Fundamentales de Derecho Penal, F. 232, Editorial Jurídica Mexicana, Méx., 1965.

nal en el delito se quiere decir que éste es un acto an tijurídico como los demás que atacan al derecho, y sin ace ptar una antijuridicidad penal especial, se admite - que la ilicitud del hecho en el delito es una ilicitud distinta a la de los demás actos antijurídicos, precisa mente en virtud de la tipicidad y de la punibilidad; - tiene que ser una ilicitud que se encuentre tipificada, precisamente en una ley penal, además, la pena que se asocia al hecho antijurídicamente típico y culpable es una pena "penal" (8)

Carrara expresa: "La idea del delito no es sino - una idea de relación, la relación contradictoria entre el hecho humano y la ley.

Solo en esto consiste el ente jurídico, para exis tir, este ente jurídico necesita ciertos elementos mate riales y morales. Pero lo que completa su ser es la - contradicción de esos antecedentes con la ley jurídica, la idea general del delito es la de una violación de la ley; porque ningún acto se convierte en delito, solo - cuando choca con la ley; podrá ser acto dañoso; podrá - ser malo y dañoso, pero si la ley no lo prohíbe, no podrá reprochársele como delito a quien lo ejecuta."(9)

La antijuridicidad, a pesar de estar basada en un juicio de valor (la norma) es absolutamente objetiva. - Así, Mezger dice: "para garantizar una convivencia ex terna ordenada de los sometidos a él, el objeto de la - voluntad jurídica ordenadora es la de determinar lo que es conforme al orden jurídico y de lo que es contradic- torio. Esta determinación tiene lugar en virtud de las normas objetivas de valoración, esas ju sticias sobre de-

(8) Ricardo Carrara Gascón, Delito e Injurio, Ps. 69 y 70, Méx., 1960.

(9) Carrara, Programa I.º, 21, Ed. Boen, S. A., Madrid 1920.

típica que forma un delito castigado con mayor severidad por considerarse más peligroso y causante de perjuicios más graves, que es el de terrorismo; y si fuera correcto, diría que tiene un mayor contenido de antijuridicidad que muchos otros delitos.

CAUSAS DE JUSTIFICACION

Las causas de justificación anulan la antijuridicidad porque aunque la conducta sea típica, la ley la permite y la califica de lícita.

También se les llama causas de licitud, nombre que considero más apropiado porque no justifican la conducta, sino que ésta, aunque sea típica, es lícita desde su nacimiento.

Para Maggiore son las "circunstancias de un hecho que borra su antijuridicidad objetiva; o en otros términos, que tienen como efecto la transformación de un derecho en un no derecho."(12)

Jiménez de Asúa escribe que las causas de justificación son "Las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, de figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de antijurídico, de contrario al derecho que es el elemento más importante del crimen.(13)

Jiménez Huerta afirma: "Si como hemos visto, lo antijurídico se concretiza conceptualmente en una le-

(12) Maggiore G., Tratado de Derecho Penal, P. 338, 3a. ed., Editorial Temis, Bogotá, 1964.

(13) Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Ed. A. Bello, Pp. 356 y 357.

sión de interés jurídico y en una ofensa a los ideales valorativos de la comunidad, obvio es que no pueda juzgarse de antijurídica la acción que no lesiona bienes e intereses jurídicos y que no ofende los ideales valorativos de la comunidad. Son circunstancias que impiden el nacimiento de la antijuridicidad tanto el hecho de que el titular del interés protegido penalmente consienta válidamente en lo que sin su voluntad sería una lesión a un bien jurídico, como que la acción lesiva de un bien jurídico se considere, al ser juzgada y valorada en las circunstancias en las que se realizó, como no ofensiva a los ideales de la comunidad, habida cuenta de que, si bien lesiona bienes e intereses jurídicos ajenos, salvaguarda bienes e intereses preferentes desde el punto de vista social."(14)

Casi toda la doctrina basa la razón de ser de las causas de licitud en el interés o derecho protegido preponderantemente; en este sentido Jiménez Huerta cuando expresa: "resulta imposible pensar en la existencia de causas impeditivas del nacimiento de la antijuridicidad que no sean encuadrables en el principio de la ausencia de interés o en el interés socialmente preponderante", - (15) "ya que la lesión de intereses representa el contenido de todo injusto". (16)

La ausencia de interés se origina cuando, quien puede disponer del bien jurídico protegido en la norma otorga su consentimiento en forma expresa o presunta -

(14) Mariano Jiménez Huerta, La Antijuridicidad, P.117, Imprenta Universitaria, Méx., 1952.

(15) Mariano Jiménez Huerta, La Antijuridicidad, P.118, Imprenta Universitaria, Méx., 1952.

(16) Mezger, Tratado de Derecho Penal, P.414, Tomo I, - Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

para que se realice la conducta o hecho que de otra manera constituiría delito.

El consentimiento supone el abandono conciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico".(17)

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales enumera las causas de licitud en el artículo 15, pero junto con otras "circunstancias excluyentes de responsabilidad". Las causas de licitud las establece en - las fracciones III (legítima defensa), IV (estado de necesidad), V (cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho), VII (obediencia jerárquica), VIII (impedimento legítimo). Las demás excluyentes de responsabilidad solo son enunciativas, puede haber otras circunstancias no especificadas en dicho precepto que excluyan responsabilidad, pero no sucede lo mismo con las causas de licitud puesto que tienen un contenido formal, y no puede haber otras que las establecidas en el numeral de referencia.

LEGITIMA DEFENSA:

Art. 15: Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: III Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho, y de la cual resulte un peligro inminente, a no ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

1a.- Que el agredido provocó la agresión, dando -

(17) Mezger, Tratado de Derecho Penal, P.409 Tomo I, Ed. La Ley, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

causa inmediata y suficiente para ella;

- 2a.- Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales;
- 3a.- Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa, y
- 4a.- Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, - comparado con el que causó la defensa.

La legítima defensa funciona cuando se trata de - proteger la propia persona de una agresión. Por propia persona debe entenderse el cuerpo físico, su integridad, o sea que no sufra una lesión, interna o externa, herida, pérdida de alguna de sus partes, trastorno mental, o en su funcionamiento, o pérdida de su libertad física. La libertad de actuación podría ser atacada al obligar físicamente a una persona a actuar de determinada manera, lo que entra en el aspecto de pérdida de libertad - de la persona; pero si se trata de libertad de actua---ción por medio del chantaje, por ejemplo, no cabe la legítima defensa puesto que el chantaje no implica una - agresión violenta física, y lo único que puede hacerse es dar parte a la autoridad competente de la comisión - de este delito.

El honor lo define la Enciclopedia del Idioma como buena reputación. (18) La legítima defensa cabe - -

(18) Martín Alonso, P. 2309, Tomo 2, Ed. Aguilar, Ma---drid, 1969.

cuando se repele una agresión violenta y actual que puede destruir esa buena reputación. Por ejemplo, una agresión tendiente a violar a una mujer, en este caso, - si bien se ataca la libertad sexual de la persona agredida, por el criterio del medio social en el cual vive puede perjudicarse su buena reputación.

El título vigésimo del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales establece como delito contra el honor los golpes, las injurias, la difamación y la calumnia; como la legítima defensa solo procede reprimiendo una agresión violenta, el honor se defiende legítimamente al repeler golpes simples: Art. 344 "Se aplicarán de tres días a un año de prisión, y multa de cinco a trescientos pesos;

I.- Al que, públicamente y fuera de riña, diere a otro una bofetada, un puñetazo, un latigazo o cualquier otro golpe en la cara;

III.- Al que azotare a otro por injuriarle, y

III.- Al que infiera cualquier otro golpe simple.

Son simples los golpes y violencias físicas que no causen lesión alguna y solo se castigarán cuando se infieran con intención de ofender a quien los recibe.

Claro que no solo se defiende el honor sino a la persona puesto que se le está atacando; pero el atacante puede dar una bofetada e irse, el atacado tiene derecho a, en ese mismo momento, alcanzarlo y golpearlo a su vez, (sin que la legítima defensa sea exclusiva) y así "reparar la ofensa que se le hizo a su honor" sin que se pueda acusar de riña a quien se defendió legítimamente.

Los bienes son todas las cosas materiales que le pertenecan legalmente a quien repele la agresión a título de legítima defensa, o bien que quien repele la agresión lo haga defendiendo a un tercero en su persona, bienes u honor.

La agresión debe ser actual, o sea que se repela en el mismo momento en que realiza, porque si la "defensa" se hace tiempo después que pasó la agresión se trata ya de venganza y no de legítima defensa; sin embargo, los límites no son tan fáciles de definir con exactitud en el momento en el que tienen lugar los hechos. Además, el art. 15, III, 2o. párrafo supone "que concurren los requisitos de la legítima defensa respecto de aquel que durante la noche rechazare, en el momento mismo de estar verificando, el escalamiento... de paredes o entradas de su casa"...

Violenta, la violencia es lo "que obra con ímpetu o fuerza", (19) por lo tanto, en la agresión que puede ser repelida en defensa legítima ha de obrarse con ímpetu o fuerza. No imaginamos alguna agresión que no implique violencia; agredir es "acometer a alguno para hacerle daño; o quebrantar el derecho de otro".(20)

La agresión tiene que ser física (ya que si fuera moral sería amenazas, coacción, etc.) puesto que tiene que haber violencia. Además, si se tratara de amenazas, por ejemplo, no sería actual, sería futura, y en este caso no habría legítima defensa pues pudiera no reali-

(19) Enciclopedia del Idioma, Martín Alonso, P.412B, I.3 Ed. Aguilar, Madrid, 1958.

(20) Enciclopedia del Idioma, Martín Alonso, P.169 y 170, I. I, Ed. Aguilar, Madrid, 1958.

zarse la amenaza, y entonces el agresor sería quien pretendería estar protegido por la legítima defensa. El delito de amenazas lo establece el art. 282, por lo tanto, quien amenaza debe ser acusado judicialmente y no agredido.

Sin derecho: puede un agente de autoridad, con derecho agredir a una persona que, por ejemplo, se resiste a ser detenida y contra la que existe una orden de aprehensión, en este caso, quien se defiende de la aprehensión no está actuando en legítima defensa puesto que la agresión es con derecho.

De la agresión debe resultar un peligro; en el caso de que un niño de 10 años agrediera a un hombre de 30 no hay peligro, y por consiguiente, si el hombre de 30 años golpea al niño no puede considerarse que actúe en defensa legítima, ya que la agresión del niño no representa peligro. El peligro debe ser inminente, es decir inmediato, en ese mismo momento debe haber la posibilidad de que ocurra, si no es así debe avisarse a la autoridad competente del peligro para que ésta lo evite.

Tampoco opera la legítima defensa si el agredido provocó la agresión; por ejemplo, A insulta a B gravemente, y B golpea a A, A al defenderse no puede justificarse diciendo que actuó en defensa legítima puesto que motivó la agresión, pero esa motivación tiene que ser inmediata, así, si B ataca a A al día siguiente del que A lo insultó, la defensa que A pueda hacer sí es legítima. La provocación de la agresión tiene que ser suficiente, el problema es establecer qué clase de provocación es suficiente. La situación que surgiría sería una riña, una pelea, ya que quien se defiende provocó la

la agresión.

No hay legítima defensa si se previó la agresión y pudo evitarse fácilmente por otros medios legales, por ejemplo, una persona amenaza a otra, o merodea su casa con un arma, etc., debe darse parte a la autoridad competente evitando así la agresión.

Si no hay necesidad racional del medio empleado en la defensa ésta no es legítima; por ejemplo, una persona mata a otra con un arma de fuego al tratar ésta de robarle, pero la persona a quien se le robó, un portafolio por ejemplo, es muy fuerte y hubiera bastado con que diera un golpe para evitar el robo. Tenía derecho a defenderse pero se excedió en la defensa, es una persona peligrosa por la irreflexión de sus reacciones.

La hipótesis a que se refiere el párrafo cuarto de la fracción III del Art. 15 que considera ilegítima la defensa hecha para evitar un daño que después sea fácilmente reparable por medios legales me parece injusta, porque si una persona es atacada puede no saber, y lo más fácil es que no sepa, que legalmente se repara con facilidad el daño causado; esta disposición deja sin derecho a defenderse a una persona que en el momento de verse atacada lo más probable es que no considere si el daño puede repararse después, sino que en este momento debe evitarlo. Además, en la práctica ningún daño se repara legítimamente con facilidad. También considera ilegítima la defensa de algo notoriamente de poca importancia en comparación con el daño que causó la defensa. No hay que contarle circunstancias, si un ladrón amenaza con una pistola para robar \$10 pesos, y el agredido mata al ladrón, el daño que iba a causar éste era insignificante comparado con el que no le causó a él, pero el peligro que había era tan grande como el daño que no le

causó, el de perder la vida, por lo tanto, la defensa - en este caso sí es legítima en atención al peligro inminente.

Las presunciones que establecen los párrafos segundo y tercero son en atención a la inviolabilidad del hogar que es un lugar sagrado en donde sus habitantes - deben sentirse absolutamente seguros.

ESTADO DE NECESIDAD.

Eugenio Cuello Calón define al estado de necesidad como "una situación de peligro actual e inmediato - para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede - ser evitado mediante la lesión de bienes también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona".(21)

Von Lizst dice que es "una coalición de intereses pertenecientes a distintos titulares".(22) "Una situación de peligro actual para los intereses protegidos - por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos".(23)

El problema aquí consiste en determinar hasta qué punto es lícito lesionar un interés para salvar otro.

El principio del interés preponderante tiene en esta justificante una importancia especial. Para que -

(21) Derecho Penal, T. I P. 342, 9a. Ed., Editorial Nacional, Méx., 1953.

(22) Von Lizst, Tratado de Derecho Penal, P. 352, Ed. - Rut, Perú, 1927.

(23) Von Lizst, Tratado de Derecho Penal, P. 362, Ed. - Rut, Perú, 1927.

pueda darse el estado de necesidad es indispensable la coexistencia de dos intereses en oposición, ambos protegidos por el derecho, pero ante la imposibilidad de subsistencia conjunta, el derecho se ve obligado a autorizar la salvación de uno solo de ellos, que naturalmente será el que tenga mayor contenido axiológico.

"El juicio sobre la inevitabilidad del medio empleado para salvarse del peligro debe ser formulado en cada caso concreto por el juez"(24)

Con relación a la naturaleza del estado de necesidad debemos aclarar que no puede determinarse de una manera precisa y definitiva sin tomar en consideración el valor jurídico de los intereses en conflicto. Así, -- cuando el interés que se salvaguarda es prevalente al que se lesiona, estamos frente a una causa de licitud; no así en el caso en el que los intereses son de igual valor, entonces la falta de delito será por la ausencia de culpa, por la no exigibilidad de otra conducta.

El Art. 15 dice: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad: IV: "El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor, o la necesidad de salvar su propia persona o la persona o bienes de otro de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial".

No se considerará que obra en estado de necesidad aquel que por su empleo o cargo tiene el deber legal de sufrir el peligro.

"El miedo grave", o sea mucho miedo; "o el temor fundado", es decir, que haya una causa verdadera para --

(24) Manzini, citado por Gómez de Huerta, "La Antijuridicidad", p. 331, Imprenta Universitaria, Mex., 1953.

temer, que no se trate solamente de una alteración nerviosa, de una circunstancia imaginaria; "irresistible", que no pueda dominar la persona, insuperable; "de un mal inminente" que no tarda en acaecer; "grave", de importancia, temor de que le sea robado algo de valor, de ser herido o muerto, etc.; o "la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes, o la persona o bienes de otro de un peligro real", siempre que se está ante un peligro se crea la necesidad de evitarlo, ya sea que esta posibilidad de daño se refiera a la persona o bienes propios o ajenos; si es que el peligro no puede evitarse de otra forma menos perjudicial.

La diferencia con la legítima defensa estriba en que en el estado de necesidad no se rechaza algún ataque, sino que se ataca para evitar el peligro. El ejemplo clásico es el de dos naufragos, uno de los cuales mata a otro para poder quedarse con la madera que lo salve.

Esta causa de licitud se basa en el valor preponderante que tiene para el derecho el bien salvado sobre el que necesariamente tuvo que sacrificarse para salvar a aquel.

No puede valer el estado de necesidad como causa de licitud para quien por su empleo o cargo tiene el deber legal de sufrir el peligro, por ejemplo, un bombero que va a salvar a una persona atrapada por el fuego, el único camino por el que pueden escapar está a punto de ser bloqueado, a pesar del peligro de ya no poder pasar, y quedar atrapado por el fuego, el bombero debe dejar pasar primero a la persona a quien iba a salvar, pues es su deber. Lo mismo el capitán y tripulación de un barco, en caso de naufragio primero deben salvar a los

pasajeros y después salvarse ellos, a pesar del peligro inminente de no poder hacerlo y morir.

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales establece innecesariamente, puesto que ya están comprendidos en el artículo 15, dos casos de estado de necesidad en los artículos 334 y 337 (Aborto terapéutico, y robo de famélico)

La fracción V establece que existe una causa legítima cuando se obra "en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho".

La ley puede, con un fin justo, imponer deberes - cuyo cumplimiento lesiona o pone en peligro otros bienes jurídicos. Naturalmente, el cumplimiento de estos deberes no puede considerarse en ningún caso antijurídico, pues como afirma Garraud "imaginar una ley que no deba ser ejecutada es tan absurdo como ver un delito en el ejercicio de la ley".(25)

Indica Jimenez de Asúa que toda regla jurídica - que ordena o permite la lesión o la amenaza de un bien jurídico ordinariamente protegido por el derecho, excluye por sí mismo el carácter delictuoso del acto que en su nombre se realizó.(26)

"En esta causa de justificación opera una colisión de dos deberes que se resuelve en el predominio - del más categórico y más digno de protección, como es - el deber concretamente exigido por la función o el car-

(25) Cita de Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal" P.501, T. IV, Editorial Losada, S.A. Buenos Aires - 1952.

(26) Tratado de Derecho Penal, P.501, T. IV Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1952.

go"(27)

La doctrina es acorde al considerar una conducta como no antijurídica cuando está justificada por el mandato de una ley, o cuando tiene un fundamento jurídico.

La mayoría de los penalistas italianos citan entre las causas de licitud las conductas realizadas con base en leyes impeditivas y permisivas. De acuerdo con nuestro derecho positivo, las leyes impeditivas como justificantes de conductas no son diversas en cuanto al contenido, si las comparamos con el cumplimiento de un deber. Lo mismo puede decirse de las leyes permisivas respecto del ejercicio de un derecho.

"Quien actúa en ejercicio de un derecho en la forma en que la ley autoriza, no comete acción antijurídica alguna, aún cuando su comportamiento lesione o ponga en peligro otros intereses humanos que el derecho protege.(28)

El derecho, en ocasiones, autoriza la realización de determinados actos que son el único medio de hacer efectivo un derecho, aún cuando al hacerlo se lesionen o se pongan en peligro intereses que el derecho protegería en otras circunstancias.

El ejercicio de un derecho tiene siempre como límite la extensión del derecho de otro.

(27) Quintano Rapolós, Comentarios al Código Penal, P. 138, l. 1.

(28) Jiménez Guerra, La Antijuridicidad, P.209, Imprenta Universitaria, Méx., 1957.

La extensión de esta causa de licitud no es siempre igual, sino que está determinada en cada caso concreto por la naturaleza misma del derecho y la valoración que de él haga el juez.

La fracción VII del artículo 15 dice: hay causa de licitud al "obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía".

Dijimos que esta causa se equiparaba por sus circunstancias y razón de ser al cumplimiento de un deber. Los requisitos son que el superior sea legítimo, es decir que esté en ejercicio legal de un cargo en el que le hayan colocado autoridades competentes o disposición legal vigente. Por ejemplo, un militar superior jerárquicamente a otro a quien le ordena ejecutar algo prohibido en la ley.

Para que la causa de licitud pueda funcionar se requiere que quien va a cumplir el mandato del superior jerárquico no sepa que esa conducta está prohibida legalmente; no funciona si es tan notoriamente perjudicial (por ejemplo matar a alguien) que cualquiera la supondría así, o porque se prueba que quien obedece la orden conoce la disposición legal que la prohíbe.

La fracción VIII dice: "Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda por un impedimento legítimo".

La conducta protegida por esta causa de licitud siempre es omissiva. Por ejemplo, quien realice la conducta descrita en el artículo 335: "Al que abandone a

un niño incapaz de cuidarse a sí mismo, o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión"... Un impedimento legítimo para el cumplimiento de este artículo sería que quien tiene la obligación estuviera también enfermo, padeciera amnesia, etc.

CAUSAS DE LICITUD EN EL DELITO DE TERRORISMO:

No puede aplicarse alguna, porque es uno de los preceptos que tienen mayor contenido de antijuridicidad en atención al bien jurídico que pretende tutelar y por lo mismo, la conducta que lo realiza nunca puede estar protegido por una causa de licitud o de justificación.

CAPITULO IV

CULPABILIDAD.

La culpabilidad es "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto".(1)

Al contrario de la conducta, tipicidad y antijuridicidad, que son elementos objetivos, es un elemento subjetivo porque depende de la capacidad y salud mental del sujeto. Ahora bien, para que quien realiza la conducta típica pueda ser culpable se necesita que sea imputable; la imputabilidad no es un elemento del delito, sino de la culpabilidad.

Si, como sostiene Porte Petit, la imputabilidad - "viene a ser el nexo psíquico que une el resultado con el autor, es evidente que el autor, para actuar, como causa psíquica de la conducta ha de gozar de la facultad de querer y conocer, pues solo queriendo y conociendo será susceptible de captar los elementos ético e intelectual del dolo".(2)

Cuello Calón asienta que la conducta se considera culpable cuando "a causa de las relaciones psíquicas entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochable.(3)

Jiménez de Asúa dice: "en el más amplio sentido -

(1) F.C.I. Lineamientos elementales de Derecho Penal, P. 202, 2/a. Ed., Editorial Jurídica Mexicana, 1965.

(2) Importancia de la Dolo en el Derecho Penal, Pág. 65 Méx., 1954.

(3) Derecho Penal, P. 200, t. 1, 2/a. Ed.

puede definirse la culpabilidad como el conjunto de pre supuestos que fundamentan la reprochabilidad personal - de la conducta antijurídica".(4)

Para Ignacio Villalobos la culpabilidad "consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca - oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia - o desatención, nacida del desinterés o subestimación - del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa". (5)

Y Luis Fernández Doblado manifiesta que, "la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el actor y el hecho punible".

De las definiciones que hemos apuntado podemos co legir que si la culpabilidad es el elemento subjetivo - del delito, la imputabilidad será presupuesto indispensable para la culpabilidad, ya que si la primera como - se ha dicho, es la rebeldía anímica contra el derecho, - solamente puede revelarse en el sujeto que tiene al - tiempo de la acción o de la omisión las facultades in-- dispensables de juicio y decisión, es decir, la capacidad de querer y entender el derecho penal, interpretada como capacidad ciudadana.

La imputabilidad es la capacidad normal de entender y de querer. Será imputable - dice Carrancá y Trujillo - "todo aquel que posea, al tiempo de la acción, -- las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeteru

(4) La Ley y el Delito, Pág. 444, Caracas, 1945.

(5) NoCIÓN JURÍDICA DEL DELITO, P. 123, 10. Jun 1952, Méx.

minadamente por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responde a las exigencias en sociedad humana".(6)

La imputabilidad "debe aceptarse hoy como un tecnicismo que se refiere a la capacidad del sujeto: capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que por lo tanto hace posible la culpabilidad. Es un presupuesto de este último y por lo tanto difiere de ella como difiere la potencia o la capacidad abstracta de su ejercicio concreto en actos determinados, puede haber imputabilidad sin culpabilidad, pero no ésta sin aquélla".(7)

Para poder exigir a un sujeto responsabilidad por su propia conducta o hecho, es necesario que éste se encuentre dotado de salud y desarrollo mental al tiempo de la ejecución del hecho.

Con frecuencia suelen confundirse los conceptos de imputabilidad y responsabilidad; para evitarlo, nos vemos precisados a dejar establecido de una vez el contenido conceptual de responsabilidad, para así poder continuar con claridad nuestro tema.

La responsabilidad no es sino el deber jurídico del sujeto imputable frente a la sociedad. Deber surgido de la realización de un hecho antijurídico merecedor de pena.

(6) Derecho Penal Mexicano. Pág. 222 T. I, Parte General, Ed. Porrúa, Méx. 1959.

(7) Notión Jurídica del Delito. P. 125, Ed. Jun. 1952 - Méx.

Al igual que la mayoría de las legislaciones, la nuestra no define ni reglamenta directamente la imputabilidad, pero sin embargo se desprende a contrario sensu de la disposición correspondiente a las causas de imputabilidad.

El Art. 15 en su fracción II, con bastante descuido consigna las causas de inimputabilidad. Dicha fracción se encuentra complementada por los artículos 67 al 69 y 119 al 122.

El art. 15 dice: Son circunstancias excluyentes de responsabilidad: II.- Hallarse el acusado al cometer la infracción en un estado de inconciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de substancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes o por un estado toxinfecioso agudo por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio.

Art. 67 A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción.

Art. 68.- Los locos, idiotas, imbéciles, o los que sufran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidas como delitos, serán recluidos en manicomios, o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación, y sometidos, con autorización de facultativo, a un régimen de trabajo.

Art. 69.- En los casos previstos en este capítulo,

las personas o enfermos a quienes se aplica reclusión - podrán ser entregados a quienes corresponda hacerse cargo de ellos; siempre que se otorgue fianza, depósito o hipoteca hasta por la cantidad de diez mil pesos.

Art. 119.- Los menores de dieciocho años que cometan infracciones a las leyes penales serán internados - por el tiempo que sea necesario para su corrección educativa.

Art. 120.- Según las condiciones peculiares del - menor y la gravedad del hecho, apreciadas en lo conducente, como lo dispone el art. 52, las medidas aplica--bles a menores serán apercibimiento, e internamiento en la forma que sigue:

- I.- Reclusión a domicilio;
- II.- Reclusión escolar;
- III.- Reclusión en hogar honrado, patronato o instituto similares;
- IV.- Reclusión en establecimiento médico;
- V.- Reclusión en establecimiento especial de edu--cación técnica;
- VI.- Reclusión en establecimiento de educación correcional.

De la lectura de estos artículos se desprende que el imputable, para ser sometido al procedimiento penal común, debe ser mayor de dieciocho años, tener capaci--dad aféctica normal, a más de condonela y libertad para

decidir los propios actos.

El código mexicano, como apuntamos, contiene graves errores en la reglamentación de este punto. Entre otros, podemos citar el no incluir dentro de los casos de inimputabilidad el padecimiento de una enfermedad mental permanente, pues el Art. 15, fracción II sólo hace referencia al trastorno mental involuntario y de carácter transitorio.

Porte Petit considera que esto coloca al Código en la situación de aceptar "la existencia de delitos sin culpabilidad", (8) pero, como dijimos en el capítulo anterior, las excluyentes de responsabilidad que no anulen la antijuridicidad son las únicas que son dispositivas, las demás solo son enunciativas, y más tratándose de un caso como éste, ya que si un trastorno mental transitorio es causa de inculpabilidad, no puede dudarse de que un trastorno permanente también lo será. Los artículos 67 a 69 que reglamentan la reclusión de enfermos mentales y sordomudos en establecimientos especiales cuando contravengan lo preceptuado en la ley penal, no la reglamentan como pena, puesto que no hay delito que castigar, sino como medida de seguridad.

Por lo que respecta a los menores se les considera imputables, pero se les excluye de la Jurisdicción penal común y se les somete al Tribunal para Menores (arts. 119 a 122).

Imputabilidad e Inimputabilidad en el Delito de Terrorismo.

Es bastante factible que el Terrorista sea un im-

(8) La Importancia de la Dogmática Jurídica Penal.

fermo mental, en ese caso se le internará en la institución que convenga para tratar de curarlo. Igualmente - tratándose de un menor. Pero para que el terrorista - sea inimputable se requiere que su enfermedad mental lo haga incapaz de ser responsable socialmente, que no le permita tener lucidez mental en sus decisiones, que no sea capaz de entender. Un verdadero enfermo mental desvirtúa la realidad, como quien sufre una alucinación o vive en un sueño, viendo, oyendo y creyendo cosas que no existen.

Creemos que un terrorista es un fanático, alguien que considera que el fin justifica los medios, que considera a los demás incapaces de juzgar por ellos mismos qué es lo que más les conviene o de realizar sus deseos, y por lo tanto el fanático fuerza las circunstancias de tal manera que suceda lo que él cree más conveniente, - sacrificando todo lo que para eso sea necesario por considerarlo de menor valor que el fin deseado.

En el caso concreto que nos ocupa, el terrorista considera que la actuación del gobierno o éste mismo no son convenientes, y por lo tanto hay que eliminarlo o - forzarlo a cambiar su trayectoria sin consultar al resto de la población, sin importar lo que ésta pueda sufrir al tratar de lograr su propósito.

Si el terrorista es simplemente un fanático histérico y obsesivo, esa enfermedad mental no lo hace inimputable porque no desvirtúa para él la realidad lo suficiente como para que no sea responsable del daño que pueda causar.

Culpabilidad

Al llegar al estudio de la culpabilidad, habrá de hacerse un verdadero análisis individualizado de la conducta o hecho delictivo; dicho de otra forma, se procederá a valorar y determinar si es reprobable o no la - conducta o hecho perpetrado por el sujeto activo.

"En la declaración de culpabilidad - afirma Fon--tán Balestra - hay , indudablemente, un elemento valorativo, puesto que la culpabilidad implica el análisis de la situación subjetiva ante el hecho, que ha de ser enfrentado con la ley penal".(9)

Dos han sido las teorías seguidas para determinar la naturaleza de la culpabilidad. Ellas son:

I.- Teoría sicologista y

II.- Teoría normativista.

La primera es la tradicional en el campo penal; - parte de la base de considerar a la culpabilidad tan solo como el nexo psíquico existente entre el sujeto activo y su conducta o resultado. Dentro de esta corriente se estudia la actitud del agente en su aspecto intelectual y emocional; el primero, se refiere al conocimiento de la antijuridicidad de la conducta realizada, y el segundo indica la suma de los quereres, es decir, la - conducta y el resultado.

Castellanos Jena entiende que los partidarios de esta teoría afirman que "la culpabilidad radica en un -

(9) El Elemento Subjetivo del Delito, P. 15, Ed. Dupal-
ma, Madrid 1962.

hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad ya supuesta; su esencia se agota en el proceso intelectual volitivo que se desarrolla en el autor. El estudio de la culpabilidad supone el análisis del siquismo del agente con el objeto de investigar en concreto cuál ha sido su conducta con relación al resultado objetivamente delictuoso".(10)

La tesis tradicional o clásica atribuyó todo lo subjetivo de carácter interno a la culpabilidad y de ahí partió para afirmar que la culpabilidad no podría ser otra cosa que la relación psíquica del sujeto activo con el resultado. Solamente que esta afirmación se viene abajo con los estudios posteriores realizados por los alemanes que plantean el problema, aún sin solución por los seguidores del sicologismo, de buscar en donde está la relación psíquica en el caso de culpa inconsciente o sin representación. Por esta razón la mayoría de los penalistas alemanes sostienen que la culpabilidad es fundamentalmente valorativa.

Teoría Normativa: Aparece en la dogmática moderna después de un largo proceso evolutivo en la materia. Frank es el primero en exponer que la culpabilidad no es tan solo un nexo psicológico, sino además un juicio de reproche que se hace al sujeto por la realización de su conducta o hecho injusto.

Fernández Doblado al respecto opina que "para esta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver solo en la psiquis del autor; es algo más, es la valoración de un juicio de reproche de ese conte-

(10) La Culpabilidad y su Aspecto Normativo, Revista Jurídica Veracruzana, Xalapa, Ver., Mex., tomo VII Núm. 1 Marzo 1957.

nido psicológico, que no viene a ser sino el presupuesto de la misma valoración o el contenido del juicio de culpabilidad".(11)

Una conducta podrá ser reprochada a su autor "si las circunstancias internas y externas acompañantes de su acción delictiva demuestran que a dicho autor le era exigible otro comportamiento síquico distinto del observado".(12)

De acuerdo con la tesis normativa, lo que convierte una conducta antijurídica en culpable es tan solo la reprochabilidad.

La naturaleza de la culpabilidad -piensa Welzel - se caracteriza lo más propiamente posible a través de la palabra "reprochabilidad". Afirma más adelante el profesor de la Universidad de Bonn que "la culpabilidad, en su más propio sentido, es solamente la reprochabilidad como valoración de la voluntad de acción".(13)

Esta teoría, lejos de quedarse estabilizada, ha seguido evolucionando en el pensamiento de los estudiosos del derecho. Así, aparece el pensamiento del penalista alemán Graf Bu Dohna, que va más allá de lo expuesto por Frank y sus adeptos. Distinguió, por primera vez, lo que debía ser la valoración en sí, o sea, la reprochabilidad y lo que realmente era el objeto de ella: voluntad de acción. Con este adelanto se dieron bases mucho más sólidas a la teoría normativa, acerca de la cual se han emitido toda clase de opiniones.

(11) Culpabilidad y Error. Anales de Jurisprudencia, P. - 2do Tomo XVIII, México.

(12) Ricardo C. Núñez, La Culpabilidad en el Código Penal, Tom. 5, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946.

(13) Bertha Enslin, Carta General, P. 140, Ed. Depalma, - Buenos Aires, 1936.

Después de esta breve exposición, procederemos a dar algunos conceptos elaborados en relación a la culpabilidad, en los cuales se advierte la influencia normativista.

Jiménez de Asúa sostiene que "en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.(14)

Por su parte Mezger explica: "La culpabilidad es el conjunto de presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".(15)

Para Cuello Calón "una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica existente entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada".(16)

Castellanos Tena comenta: "Para esta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente una simple ligasicológica que existe entre el autor y el hecho, ni se debe ver solo en la siquis del autor; es algo más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico... La culpabilidad, pues, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber".(17)

(14) La Ley y el Delito, P. 329, Caracas, 1945.

(15) Tratado de Derecho Penal, P. 1 Tomo II Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1955.

(16) Derecho Penal, P. 493 T. 1 Parte General, Ed. Nacional, México, 1963.

(17) La Culpabilidad y su Aspecto Penativo, Revista Jurídica Veracruzana, P. 45, T.VII, No. 1, Marzo de 1952

El Código Penal D.T.F., en el art. 8, acepta la teoría sicologista, ya que dice:

"Los delitos pueden ser:

I.- Intencionales, y

II.- No intencionales o de imprudencia.

Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado - que causa igual daño que un delito intencional".

Clasifica a los delitos de acuerdo a la "intención" del sujeto al realizar la conducta, o sea de acuerdo a la liga síquica del sujeto con su conducta.

Formas de la Culpabilidad

La doctrina tradicional ha considerado el dolo y la culpa como las únicas formas posibles de culpabilidad, afirmando que hay dolo en una conducta cuando su autor encauza su voluntad hacia la ejecución de un hecho típico y antijurídico y que hay solo culpa en aquellos casos donde, aún sin pretenderse el resultado típico y antijurídico, éste se produce porque el sujeto activo actuó sin tomar las precauciones que el caso requería, o sea que su conducta fué imprudente o negligente.

Como una tercera forma de culpabilidad suele considerarse, por algunos penalistas, la preterintencionalidad. Esta se presenta cuando el resultado producido va más allá de la intención delictiva del agente.

El maestro Porte Petit piensa que en el art. 9 - fracción II del C.P.D.T.F. se establece la preterintencionalidad. El artículo dice: "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario".

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

...II que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fué consecuencia necesaria y, notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo preveer esa consecuencia del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fuere - cual fuere el resultado".

D o l o

Creemos al igual que el maestro Castellanos Tena, que no hay preterintencionalidad, si la diferencia entre el dolo y la culpa es el deseo o falta de éste de realizar el delito, una tercera clasificación carece de base; consideramos que los delitos preterintencionales son dolosos puesto que había intención de delinquir, al contrario de los culposos en los que en ningún momento hay esa intención y si se realiza el delito es únicamente por accidente. Por ejemplo, un sujeto desea lesionar a otro, pero no solo lo lesiona sino que lo mata, no es justo ni procedente que este homicidio se equipare al que pudiera ocurrir en un accidente automovilístico, en éste caso el infractor no desea causar ningún daño; en cambio quien mata al querer lesionar sí está deseando realizar un dolo.

Para Cuello Calón el dolo es "la voluntad cons---
ciente dirigida a la ejecución de un hecho que la ley -
prevé como delito".(18)

Welzel afirma que "dolo es conocimiento y querer_
de la concreción del tipo".(19)

Se han elaborado muy diversos conceptos de dolo,_
basándose los autores unas veces en la teoría de la vo-
luntad y del asentimiento; otras en la de la representa-
ción. De acuerdo con esta última, tenemos el siguiente
concepto proporcionado por Meyer: La producción contra-
ria al deber (pflichtwidrig) de un resultado típico es_
dolosa, no solo cuando la representación de que el re-
sultado sobrevendrá ha determinado al autor a emprender
la acción, sino también cuando esa representación no le
movió a cesar en su actividad voluntaria.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos señala que
"el dolo es la principal forma de culpabilidad, consti-
tuye tal vez el escollo más difícil de salvar en el es-
tudio de la teoría del delito, pues en la elaboración -
de su concepto unos apoyan el elemento psicológico en la
voluntad, mientras otros lo hacen consistir en la repre-
sentación, en tanto el elemento ético se pretende funda-
mentar, o bien en la conciencia del quebrantamiento del
deber, lo cual viene a poner de relieve la existencia -
de diversas teorías en la formulación de su concepto."
(20)

(18) Derecho Penal, Pág. 321 Parte Gral.Ed.Nacional, -
1953.

(19) Derecho Penal, Pag. 74, Parte Gral. Buenos Aires,-
1953.

(20) Manual de Derecho Penal, Pág. 349, Ed.Parrúa, Mós.
1967.

"En resúmen, el dolo consiste en el actuar cons---
ciente y voluntario, dirigido a la producción de un re-
sultado típico y antijurídico".(21)

Como se podrá observar, todas las definiciones -
aportadas, en esencia, son coincidentes. En ellas se ha
ce referencia a lo que es esencial en el dolo; sus dos_
elementos, conocimiento o elemento intelectual y volun-
tad o elemento volitivo.

En lo que existe discrepancia de opiniones es so-
bre las especies o clases de dolo, pues cada autor pro-
pone su propia clasificación.

Optamos por la que cita el maestro Castellanos Te
na, quien habla de:

- 1) Dolo Directo: es aquel en el que la voluntad -
del agente se dirige directa y concientemente_
al resultado delictuoso.
- 2) Indirecto: existe cuando el sujeto dirige su -
conducta a la consecución de un fin, pero con_
ciendo la posibilidad de que se presente un re_
sultado delictuoso.
- 3) Indeterminado: la intención de delinquir, sin_
tener preferencia por ningún delito en espe---
cial.
- 4) Eventual: se quiere realizar un delito que - -
trae como consecuencia la configuración de - -

(21) Elementos Fundamentales de Derecho Penal, F. Gastu
Hernández, P. 306, //a, Ed., Ed. Jurídica Mexicana,
Mex., 1965.

otro resultado delictivo.

En el art. 14 del Código Penal tipo se establece la preterintencionalidad: "El delito es preterintencional cuando se produce un resultado mayor al querido o acetado, si aquel no fue previsto siendo previsible o cuando habiendo sido previsto, se confió de que no se produciría".

Algunos tratadistas consideran que el Art. 9 del Código Penal vigente, establece la preterintencionalidad en su fracción II.

El Art. 9 dice: "La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario.

La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado pruebe alguna de las siguientes circunstancias:

I) Que no se propuso ofender a determinada persona, ni tuvo en general intención de causar daño;

II) Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fué consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes; o si se resolvió a violar la ley fue re cual fuere el resultado;

III) Que creía que la ley era injusta o moralmente ilícita violarla;

IV) Que creía que era legítimo el fin que se pro--

puso;

V) Que erró sobre la persona o cosa en que quiso cometer el delito, y

VI) Que obró con el consentimiento del ofendido, - exceptuando el caso de que habla el art. 93.

En todos estos casos se está estableciendo que el delito es doloso, por lo tanto si algunos consideran - que en la fracción II se establece la preterintencionalidad puesto que habla de "que no se propuso causar el daño que resultó" y suponemos que quiso causar un daño menor, de todas maneras el delito sigue siendo doloso, puesto que concientemente se quería delinquir; esa diferenciación es una sutileza inútil.

Podemos colegir que la primera fracción hace referencia al dolo eventual; por lo que respecta a la segunda fracción, en la primera hipótesis se está frente al dolo, eventual, se propone un fin para cuya realización necesariamente acaecerán otros resultados antijurídicos que no desea. La segunda hipótesis es de dolo indirecto; y la tercera de indeterminado.

Las demás fracciones se clasifican como dolo directo, ya que buscan el resultado delictuoso.

El art. 93 se refiere a los delitos que no se pueden perseguir sin previa querrela, en estos casos, si el ofendido constató el delito, no hay dolo ni delito.

Culpa

Como ya se dijo, constituye la segunda forma o -

especie de la culpabilidad. Si atendiendo a la gravedad se hace una graduación de la culpabilidad, la culpa resultará ser el grado menos grave.

Al igual que el dolo, de la culpa también se han expuesto numerosísimos conceptos basados en las diversas teorías que la fundamentan.

Para Mezger "actúa culposamente, el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición de un resultado".(22)

De acuerdo con Jiménez de Asúa, culpa "es la producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no solo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendría, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo".(23)

Ignacio Villalobos dice que la culpa "se da cuando un sujeto obra de tal manera que por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuridicidad propia, no que rida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo".(24)

(22) Tratado de Derecho Penal, P.171 tomo II, Ed.Revista de Derecho Privado, Madrid 1935.

(23) La Ley y el Delito, Eps. 321-322, 3/a. Ed., Edit. - A. Bello, Caracas, 1935.

(24) Derecho Penal. Nociones Jurídicas del Delito, P. 151 - Méx. 1935.

La culpa puede asumir dos formas o especies:

- 1) Culpa conciente, con representación, o con previsión,
- 2) Culpa inconciente, sin representación o sin previsión.

La primera se da cuando previendo un resultado tínico y antijurídico, se actúa con la esperanza de que éste no llegará a producirse.

La culpa sin representación se origina cuando el agente no prevé el resultado que era previsible. Cuando el resultado no previsto se considera imprevisible - se está en presencia del caso fortuito que es el límite de la culpabilidad.

Welzel considera que en esta última clase de culpa falta por completo el elemento psicológico.(25)

Algunos autores no están de acuerdo con esta clasificación y opinan que es incorrecto graduar la culpa. Con todo, la doctrina moderna, en su mayoría, la acepta.

La culpa con representación tiene analogía con el dolo eventual. Sin embargo, difieren en que en la primera se actúa con la esperanza de que el resultado no llegue a producirse y en el dolo eventual el resultado previsto, aunque no se quiere, se acepta en última instancia. Y así, Antón Oueca expone "que es preciso considerar que la teoría alemana del dolo eventual no ha veni-

(25) Teoría de la Acción Penalista, t. 32, Ed. Depalma, Buenos Aires.

do a amplificar el dolo a expensas de lo que siempre - se ha tenido por doloso, logrando en ella mayor preci-- sión."(26)

Nuestro ordenamiento penal no da definición algu- na de culpa en el art. 8, que es donde se trata el te-- ma. Sin embargo, señala en qué puede consistir lo que - "indebidamente denomina imprudencia"(27)

Y es "toda imprevisión, negligencia, impericia, - falta de reflexión o de cuidado que causa igual daño - que un delito intencional.

Culpabilidad en el Delito de Terrorismo

Este delito siempre será doloso, ya que cualquier daño que se cause se hará con la intención definida de - "perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la - autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para - que tome una determinación", o sea con la intención de - delinquir, y aunque no se pretenda lesionar o matar, - por ejemplo al colocar una bomba para lograr los fines - antes citados, de acuerdo con el art. 9 esa no es razón para que el dolo se destruya.

La Inculpabilidad

La culpabilidad, al igual que los demás elementos del delito ya estudiados, tiene su aspecto negativo - constituido por las causas de inculpabilidad.

(26) Derecho Penal, T. 202 1, 1, Madrid, 1949.

(27) Parte I del Tratado de la Dogmática Jurídica - Penal, T. 10, México, 1964.

Jiménez de Asúa estima que "causas de inculpabilidad son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche".(28)

El inculpable es un sujeto capaz al cual no puede reprochársele su conducta por considerar que obra mediante error, o porque las circunstancias que rodearon su conducta impidieron la realización de otra diversa.

El maestro Luis Fernández Doblado señala que "representa el examen último del aspecto negativo del delito; solo podrá obrar en favor del comportamiento de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en el externo una de justificación, ni en lo interno una inimputabilidad".(29)

Llenan el campo de las inculpabilidades:

- 1) El error, y
- 2) La no exigibilidad de otra conducta.

El error en general, puede decirse que es un defecto de conocimiento. Se está en error cuando se desconoce en su totalidad la realidad o cuando se tiene un concepto de ella; o sea, cuando la concepción de las cosas no coincide con lo que realmente son. En materia penal, el error es una causa de inculpabilidad de contenido puramente psicológico.

Fernández Doblado dice que "debemos recordar que

(28) La Ley y el Delito, P. 369, Ed. A. Bello Caracas, 1945.

(29) Culpabilidad y Error, P. 24, Méx. 1950.

nuestro ordenamiento penal vigente no capta la inculpabilidad por error, pero es dable admitirla en virtud de que las excluyentes de responsabilidad, no tienen en el Código carácter limitativo sino enunciativo, por ende, cualquier causa capaz de eliminar el carácter esencial del delito impedirá que éste se beneficie, aún cuando dicha causa no esté señalada en la ley expresamente, tal como ocurre con el error esencial, insuperable, invencible y de hecho y no de derecho".(30)

Dice Ottorino Vannini, que hay error esencial -- cuando recae sobre un extremo fundamental del delito, -- impidiendo al agente conocer o admitir la relación del hecho realizado con el formulado en forma abstracta en el precepto penal".(31)

Puede hablarse en principio de dos grandes grupos en los que suele dividir el error:

- 1) Error hecho y
- 2) Error de derecho.

El primero se subdivide en: esencial y accidental; abarcando este último: la aberratio ictus, la aberratio in persona y la aberratio delicti.

El único que puede anular la culpabilidad dogmáticamente es el error de hecho esencial, siempre y cuando tenga la característica de ser invencible; de no ser así, deja subsistente la culpabilidad en su forma culposa.

(30) Culpabilidad y Error, p. 56, México, 1950.

(31) Derecho Penal, p. 429, Roma 1962.

"Se dice que el error es invencible cuando no deriva de culpa, de tal modo que, aun con el concurso de la debida diligencia, no hubiera podido evitarse".(32)

Antes de entrar al examen específico de las causas que motivan la inculpabilidad, con el objeto de desarrollar sistemáticamente el tema y darle así mayor precisión, estimamos necesario insertar las siguientes divisiones y subdivisiones, que a nuestro juicio comprenden todos los casos de inculpabilidad.

I.- Error de hecho esencial e invencible.

II.- Error de derecho.

III.- No exigibilidad de otra conducta.

El error de hecho se subdivide en:

1) Error de tipo.

2) Error de licitud.

El error de tipo se subdivide en:

a) Error total de tipo y

b) Error sobre un elemento del tipo.

Y por último, el error de licitud se subdivide en: eximentes putativas.

Como se observa, el error de hecho esencial e in-

(32) José María Gómez, Tratado de Derecho Penal, P. 544, -
I, J, Buenos Aires, 1939

vencible puede ser de tipo y de licitud. El primero - será: Total de tipo, cuando recaiga sobre un tipo formado solamente por el elemento objetivo y, error sobre un elemento del tipo, en el caso de que este error recaiga únicamente sobre un elemento esencial.

El error de licitud se traduce en las eximentes - putativas las cuales se presentan cuando el sujeto cree, por error de hecho esencial e invencible, que su conducta es lícita, cuando en realidad es contraria a derecho.

El error, en estos casos, se da sobre el juicio - de valoración o sea que el sujeto estima que su conducta es lícita por estar amparado por una causa de lici- tud. En consecuencia, puede hablarse de tantas eximen- tes putativas como causas de licitud existan.

En el ámbito del derecho positivo los juristas se han planteado la interrogante de si se debe o no regla- mentar el error de hecho esencial e invencible. Jimé- nez de Asúa, por su parte, piensa que, siendo el error - de hecho esencial e invencible el motivo más caracterís- tico de inculpabilidad, carece de importancia que se le reglamente de manera expresa, ya que de cualquier forma se le deriva de "interpretación sistemática".(33)

En este sentido, la H. Suprema Corte de Justicia - de la Nación manifiesta que "el hecho de que no se con- signe en el catálogo de las excluyentes la ausencia de - culpabilidad como circunstancia que impida la incriminación, no significa que no pueda dictarse sentencia ab- solutoria, pues sin necesidad de crear la excepción, mediante la correcta interpretación del art. 8/a. del Cód-

(33) En Luy y el Delleo, P. 430, Pa. Ed., Editorial A. - Delleo, Caracas, 1945.

digo Penal, puede dictarse sentencia absolutoria, partiendo del principio que del mismo se desprende y que predica la necesaria culpabilidad de todo delito".(34).

En contraposición a estas ideas, Logoz afirma que "una disposición legal sobre el error podría a primera vista parecer superflua, al menos para jueces juristas, pero no todos nuestros jueces penales son juristas".(35)

Nosotros estamos de acuerdo con aquellos autores que consideran innecesaria la referencia expresa del error de hecho esencial e invencible en los ordenamientos penales, puesto que de cualquier manera todas las legislaciones lo aceptan como causa de inculpabilidad, aun las que sólo lo desprenden dogmáticamente de otros preceptos; se puede concluir lógicamente diciendo que no es necesaria ninguna reglamentación especial al respecto.

Además, para refutar lo que dice Logoz, podemos sostener que, si bien es cierto que no todos los jueces son juristas, no por ello vamos a aceptar la necesidad de hacer de los códigos penales verdaderos tratados de dogmática para facilitar a los que desconocen la materia la manera de administrar justicia. Por el contrario, hay que partir de la base de que los jueces deben tener amplio conocimiento doctrinal y por tal motivo podrán interpretar correctamente la ley, que en todo caso deberá ser clara, pero concreta.

b) Error de derecho.— Siguiendo nuestro cuadro, llegamos al error de derecho. Estilemos que quien obra a través de este error considera que su conducta o ha-

(34) Boletín de Información Judicial, V, 683, XI.

(35) Programa de la Parte Penal del Derecho Penal, El Tinto por Puerto Leticia, E. S. M. S., 1960.

cho no son violatorios de derecho, ya sea porque desconoce la existencia de la norma penal, ya porque tiene - conocimiento inexacto de la misma.

El error de derecho no está reglamentado en el De recho Mexicano, pero, de acuerdo con nuestra doctrina, - es básico el principio de que "la ignorancia de la ley a nadie beneficia". Sin embargo, de conformidad con - algunos autores, el art. 9/o. en sus fracciones III y - IV hace referencia a este tipo de error.

Las posturas doctrinales respecto al problema de considerar o no este error como causa de inculpabilidad han sido muy diversas. Así, los juristas alemanes no - creen que sea de utilidad la distinción entre error de hecho y error de derecho, ya que ambos anulan el elemento intelectual.

c) No exigibilidad de otra conducta. De conformidad con la tesis que hemos seguido, la no exigibilidad de otra conducta es la segunda y última hipótesis de - inculpabilidad.

La inexigibilidad de otra conducta sólo es factible encuadrarla dentro de la tesis normativa de la culpabilidad y de acuerdo con ella elimina la reprochabilidad que de la conducta o hecho se hace al sujeto.

Cuello Galón dice: "Una conducta no puede considerarse culpable cuando al agente, dadas las circunstancias de su situación, no puede exigírsele una conducta distinta de la observada".(36)

(36) Derecho Penal, Parte General, tomo I, P.469, 9/a. edición, Editorial Nacional, México, 1953.

Mezger sostiene que la no exigibilidad de otra conducta descansa en consideraciones que se tienen que hacer en cada caso concreto.(37)

Nosotros dejamos asentado en párrafos anteriores, que la tesis normativa fundamenta la culpabilidad en la exigibilidad dirigida al sujeto para que conforme su conducta a lo establecido por las normas, esto es, no hacer cuando prohíben y hacer cuando mandan.

Si transportamos lo expuesto al aspecto negativo, se deberá aceptar que la exigibilidad puede no estar motivada, debido a la presencia de circunstancias impeditivas de la realización de una conducta distinta a la perpetrada.

"Así, frente a la fase positiva del reproche que es la exigibilidad, aparece la fase negativa, la no exigibilidad, pues no se puede reprochar lo que no se puede exigir".(38)

En el juicio de reproche al que se somete al sujeto, dentro de la tesis normativa, no se excluye la relación o nexo que debe existir entre la actividad psíquica y el resultado; sólo se lleva al campo valorativo, donde tomando en cuenta todas las circunstancias que mediaron en la ejecución del hecho, se determinará si este nexo es reprochable o no.

La no exigibilidad de otra conducta - opina Sánchez Cortés - no destruye los elementos intelectual y -

(37) Tratado de Derecho Penal. Tomo II, P. 307, Edit. -
Biblioteca de Derecho Criminol. Madrid, 1955.

(38) Una esbozo que no se realizó en la Ley, Sánchez -
Cortés. Revista Criminológica Mex. I P. 37-40, Méx. -
1963.

volitivo, solamente los vuelve carentes de relevancia - valorativa ante la presencia del juicio superior de - - irreprochabilidad. Pudiendo formular - afirma el citado autor - , que: dolo o culpa frente a motivación irreprochable igual a inculpabilidad.

En el Código Penal actual, no se habla en especial de la no exigibilidad de otra conducta. Sin embargo, no es de afirmarse por ese motivo, como lo hacen algunos autores, que está fuera de la Ley porque nuestro Ordenamiento está afiliado a la tesis psicológica.

Tal pensamiento, a todas luces es erróneo porque, como expresa Jiménez de Asúa - en una carta dirigida a Sánchez Cortés -, "el hecho de eximir al que obra por vis moral o al que encubre a un próximo pariente, es incompatible con la doctrina psicológica y es clara demostración de un concepto normativo de la culpa... No veo pues - sigue diciendo el jurista -; donde pueda estar - la prueba de que el Código Penal mexicano se afilió a - la teoría psicológica, ni donde reside el obstáculo para construir dogmáticamente en México la concepción normativa de la culpabilidad".(39)

Inculpabilidad en el Delito de Terrorismo.

Por lo que respecta al error, en el delito de terrorismo es poco factible, pero puede darse por ejemplo en el caso de que se engañe a alguien sobre la finalidad que tiene destruir un puente, para hacer que lo destruya, podría decirse que es para construir uno nuevo cuando en realidad es para ejercer violencia contra el gobierno respecto de un asunto determinado. Sin embar-

(39) Una excepción que no se incluyó en la ley. Cf. Jiménez de Asúa, Revista Criminalística, t. I, pá. 32, México, 1951.

go, el delito subsiste; hay inculpabilidad respecto a la persona que fue engañada y destruyó el puente, pero no así respecto al autor intelectual. Es diferente -- cuando la inculpabilidad funciona respecto de todos los posibles coautores; por ejemplo, quien se lleva un bien que no le pertenece creyendo que sí era suyo, no comete el delito de robo porque lo impide un error esencial de hecho.

Para que pueda haber inculpabilidad se necesita -- que no haya el deseo consciente de delinquir, lo que no es posible en el delito de terrorismo porque el tipo incluye el deseo consciente de "perturbar la paz pública, menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación", pero si no -- existe no hay tipicidad. Asimismo, pensamos que la -- coacción de la voluntad anula el delito de terrorismo, pero no creemos que haya alguna otra causa de inculpabilidad en este delito.

CONCLUSIONES

I.- El delito de terrorismo se estableció en el - Código Penal para el Distrito y Territorios Federales - en vista de la ola mundial de actos terroristas que azota a muchos países, en vista de la peligrosidad que entraña para personas totalmente inocentes y en vista de la coacción que ejercen sobre los actos y decisiones - del gobierno en contra del cual actúan.

II.- La conducta en el delito de terrorismo reviste únicamente la forma de acción, pues los verbos que implican el núcleo del tipo indican un hacer positivo.

III.- Pensamos que puede operar como causa de ausencia de conducta la bis absoluta o fuerza física exterior irresistible.

IV.- En el delito de terrorismo no operan las causas de licitud.

V.- En atención al elemento culpabilidad, el delito a estudio es siempre doloso.

VI.- A nuestro juicio, la coacción sobre la voluntad impide la configuración del delito de terrorismo.

VII.- Dada la redacción del presente estudio, las que de ordinario serían causas de inculpabilidad, lo son de atipicidad.

BIBLIOGRAFIA

Martín Alonso

Enciclopedia del Idioma

Ed. Aguilar, Madrid, 1958.

Antolisei

Manual de Derecho Penal, Milán, 1956.

La Acción y el Resultado en el Delito

Traducción del italiano, José Pérez Hernández,

Ed. Jurídica Mexicana, Méx., 1959.

Fontán Balestra

El Elemento Subjetivo del Delito

Ed. Depalma, Buenos Aires, 1957.

Beling

Tratado de Derecho Penal

Ed. Meridiano, Madrid, 1960

Raul Carrancá y Trujillo

Derecho Penal Mexicano

Ed. Porrúa, Méx., 1969.

Carrara

Programa I No. 21

Ed. Reus, S. A., Madrid, 1928.

Fernando Castellanos Iena

Lineamientos Elementales de Derecho Penal

3a. Ed. Editorial Jurídica Mexicana, Méx., 1965.

Eugenio Raúl Galón

Derecho Penal

2a. Ed. Editorial Unival, México, 1953.

Luis Fernández Doblado

Culpabilidad y Error

Anales de Jurisprudencia, Méx. 1950.

Ricardo Franco Guzmán

Delito e Injusto

México, 1950.

Luis Jiménez de Asúa

Tratado de Derecho Penal

2a. Ed., Editorial Losada, Buenos Aires, 1952.

La Ley y el Delito.

Ed. A. Bello, Caracas, 1945.

Mariano Jiménez Huerta

La Tipicidad

Ed. Porrúa, 1955

La Antijuridicidad

Imprenta Universitaria, Méx. 1952.

Panorama del Delito

México, 1950.

G. Maggiore

Tratado de Derecho Penal

5a. Ed. Ed. Temis, Bogotá, 1984.

Manzini

Tratado de Derecho Penal

Ed. Ediar, Buenos Aires, 1948.

Edmundo Mezger

Tratado de Derecho Penal

Traducción José Rodríguez

Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

Ricardo Núñez
La Culpabilidad en el Código Penal
Ed. Depalma, Buenos Aires, 1946.

Antón Oneca
Derecho Penal
Madrid, 1949.

Francisco Pavón Vasconcelos
Manual de Derecho Penal
Ed. Porrúa, Méx. 1967.

Petrocelli
La Antijuridicidad
Padova, 1947.

Celestino Porte Petit
Importancia de la Dogmática Jurídica Penal
Méx., 1954.
Programa de la Parte General del Derecho Penal
Ed. Porrúa, Méx., 1960.

Quintano Ripollés
Comentarios al Código Penal

Sánchez Cortés
Una Eximente que no se omitió en la Ley
Revista Criminalística, Méx., 1962.

Sebastián Soler
Derecho Penal Argentino
El Ateneo, 1940.

Ulpiano Merello
Derecho Penal
Roma, 1962.

Ignacio Villalobos
Derecho Penal Mexicano
Méx., 1955.

Franz von Lizst
Tratado de Derecho Penal
Ed. Rud, Perú, 1927.

Welzel
Derecho Penal
Ed. Depalma, Buenos Aires, 1956.
Teoría de la Acción Finalista
Ed. Depalma, Buenos Aires.