

00781
1/1
2 ej

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

"LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA PARTE GENERAL
DE LA CIENCIA JURIDICO-PENAL."

(Bases Doctrinales y un Proyecto de Legislación)

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

DOCTORA EN DERECHO

PRESENTA:

FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1990



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LAS ABREVIATURAS EMPLEADAS

En virtud de que constantemente son enunciadas las leyes, opté por abreviarlas así:

- CPEUM:** Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- CPF:** Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.
- CPP.** Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
- CPPF.** Código Federal de Procedimientos Penales.

Se incluyó también:

- BLJ.** Boletín de Información Judicial.
- INACIPE.** Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- SCJN.** Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SJF.** Semanario Judicial de la Federación.

I N D I C E

	Pág.
PROLEGOMENOS.....	8
SECCION PRELIMINAR.....	10
LA INTRODUCCION.....	10
El Marco Conceptual.....	11
(A) LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES PREVIOS.....	11
(1) El Derecho.....	11
(2) La Ciencia Jurídico-Penal.....	14
(3) La Legislación Penal.....	16
(4) La Dogmática Jurídico-Penal.....	20
(5) Las Ciencias Penales.....	22
(6) Las Ciencias Auxiliares.....	24
(7) Las Teorías Generales.....	24
(B) LA CIENCIA JURIDICO-PENAL.....	25
(8) Su Denominación.....	25
(9) Su Objeto de Estudio.....	27
(10) Su Método de Estudio.....	29
(11) Sus Objetivos.....	31
(12) Sus Características.....	32
(13) Su Titular.....	33
(14) Sus Relaciones con Otras Disciplinas Jurídicas.....	33
(C) LA SISTEMÁTICA.....	38
(15) La Sistemática de la Ciencia Jurídico-Penal.....	38
(16) La Sistemática de la Legislación Penal.....	39
(17) La Sistemática de las Ciencias Penales.....	39
(18) La Sistemática de la Teoría General de la Ley Penal.....	40
(19) La Sistemática de la Teoría General del Delito.....	40
(20) La Sistemática de la Teoría General de la Responsabilidad.....	40
(21) La Sistemática de la Teoría General de las Sanciones Penales.....	40
(D) EL DELITO.....	41
(22) Mi Concepto Previo del Delito.....	41
(23) El Desarrollo Histórico del Delito.....	41
(24) Las Escuelas Penales y el Delito.....	43
(25) El Proceso de la Valoración Jurídica del Delito.....	50
(E) LAS CONCEPCIONES DEL DELITO.....	52
(26) La Concepción Unitaria o Totalizadora.....	52
(27) La Concepción Analítica o Atomizadora.....	53
(28) La Concepción por Número de Elementos.....	54
(29) La Concepción Sociológica.....	54
(30) La Concepción Psicológica.....	55
(31) La Concepción Filosófica.....	55
(32) La Concepción Criminológica.....	55
(33) La Concepción Legal.....	56
(34) La Concepción Dogmática.....	56
(35) Mi Concepción del Delito.....	58
(F) LOS PRESUPUESTOS, LOS ELEMENTOS Y LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO.....	60
(36) El Concepto de los Presupuestos del Delito.....	61
(37) La Clasificación de los Presupuestos del Delito.....	61
(38) El Concepto de los Elementos del Delito.....	63
(39) La Clasificación de los Elementos del Delito.....	64
(40) El Concepto de las Circunstancias del Delito.....	66
(41) La Clasificación de las Circunstancias del Delito.....	66
(42) Las Semejanzas y las Diferencias Entre los Presupuestos, los Elementos y las Circunstancias del Delito.....	67
(G) EL ORDEN LOGICO ENTRE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.....	68
(43) La Ordenanza de los Elementos del Delito.....	68
(44) El Orden Lógico en el Aspecto Positivo del Delito.....	69
(45) El Orden Lógico en el Aspecto Negativo del Delito.....	70
(H) LOS CUADROS SINOPTICOS.....	71
(I) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	78

SECCION PRIMERA.....	79
LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA LEY PENAL.	
La Teoría General de la Ley Penal.	
(A) LOS CONCEPTOS JURIDICOS Y LEGALES FUNDAMENTALES.....	80
(B) DE COMO LO SOCIAL SE TRANSFORMA EN JURIDICO.....	80
(46) El Derecho.....	81
(47) Las Normas de la Convivencia Social.....	82
(48) La Norma Jurídica en General.....	84
(49) Los Principios Rectores Fundamentales del Derecho.....	86
(50) La Jurisprudencia.....	88
(51) La Doctrina.....	89
(C) DE LAS NORMAS JURIDICO-PENALES.....	90
(52) El Fundamento de las Normas Penales.....	91
(53) La Finalidad de las Normas Penales.....	92
(54) La Creación de las Normas Penales.....	94
(55) Las Clases de Normas Penales.....	96
(56) La Estructura de las Normas Penales.....	97
(57) Los Delitos-Tipo.....	98
(58) Las Características de las Normas Penales.....	99
(D) DE COMO LO JURIDICO SE TRANSFORMA EN LEGAL.....	101
(59) La Ley Penal, Producto de la Razón Humana.....	101
(60) Las Fuentes de la Ley Penal.....	102
(61) Los Dogmas o Garantías Penales.....	103
(62) Las Características de la Ley Penal.....	104
(63) El Destinatario de la Ley Penal.....	105
(64) El Proceso de Creación de la Ley Penal.....	106
(E) DE COMO DEBE SER APLICADA LA LEY PENAL.....	108
(65) La Determinación de los Ambitos de Validez de la Ley Penal.....	109
(66) La Interpretación de la Ley Penal.....	114
(67) La Integración de la Ley Penal.....	120
(F) DE COMO TERMINA SU VIGENCIA LA LEY PENAL.....	125
(68) La Abrogación y la Derogación.....	125
(69) Las Reformas.....	125
(70) Las Bases para Elaborar una Nueva Ley Penal.....	126
(71) La Necesidad de Actualizar la Ley Penal.....	128
(G) LA INTERACCION DE LA LEY PENAL Y LA LEY PROCESAL PENAL.....	129
(72) La Averiguación Previa del Delito.....	129
(73) El Enjuiciamiento del Delito.....	130
(H) LOS CUADROS SINOPTICOS.....	131
(I) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	138
SECCION SEGUNDA.....	139
LA NUEVA ESTRUCTURA DEL DELITO.	
La Teoría General del Delito.	
CAPITULO PRIMERO.....	143
NULLUM CRIMEN SINE CONDUCTA.	
La Teoría General del Elemento Subjetivo-Material.	
(A) LA TEORIA TRADICIONAL.....	145
(74) Las Formas de Conducta.....	146
(75) El Resultado.....	148
(76) El Nexo Causal.....	150
(77) La Clasificación del Delito en Orden a la Conducta.....	150
(78) La Clasificación del Delito en Orden al Resultado.....	151
(79) La Ausencia de Conducta.....	151
(80) Las Consideraciones Críticas.....	151
(B) MI TEORIA.....	152
(81) El Concepto Causal de la Acción.....	153
(82) La Teoría Finalista de la Acción.....	156
(83) Las Consideraciones Críticas.....	160
(84) El Elemento Subjetivo-Material.....	161
(85) La Nueva Estructura de la Conducta.....	163

(C)	EL ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL.....	164
(86)	Las Formas de Manifestación de la Voluntad.....	166
(87)	La Clasificación del Delito en Razón de sus Formas de Manifestación.....	179
(88)	La Fase Interna del Iter Criminis.....	182
(89)	La Voluntad Simple.....	183
(90)	La Voluntad Consciente.....	187
(91)	La Intensión.....	194
(92)	La Clasificación del Delito en Orden a la Intensión.....	201
(93)	Fase del Iter Criminis.....	202
(94)	Los Resultados.....	203
(95)	La Clasificación del Delito en Atención a su Resultado.....	221
(96)	La Relación Entre la Conducta y el Resultado.....	224
(97)	Las Consecuencias de la Aparición del Elemento Subjetivo-Material..	229
(D)	LOS TEMAS AUXILIARES.....	230
(98)	Las Cualidades de la Conducta.....	230
(99)	Los Complementos para la Realización de la Conducta.....	234
(100)	El Lugar y Tiempo de la Realización de la Conducta.....	235
(E)	EL ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL.....	238
(101)	La Conducta Libre en su Causa.....	240
(102)	La Falta de Manifestación de la Voluntad.....	241
(103)	La Ignorancia.....	242
(104)	La Inconsciencia.....	246
(105)	La Ausencia de Intensión.....	250
(106)	La Carencia del Resultado.....	252
(107)	La Imposibilidad de Relacionar la Conducta y el Resultado.....	252
(108)	Las Consecuencias de la Ausencia del Elemento Subjetivo-Material..	253
(F)	LOS CUADROS SINOPTICOS.....	254
(G)	LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	263
	CAPITULO SEGUNDO.....	264
	NOLLUM CRIMEN SINE TIPCIDAD.	
	La Teoría General del Elemento Regulador.....	
(A)	LA TEORIA TRADICIONAL.....	266
(109)	El Tipo.....	267
(110)	Los Elementos del Tipo.....	269
(111)	La Clasificación del Delito en Orden al Tipo.....	269
(112)	La Ausencia de Tipo.....	270
(113)	La Tipicidad.....	270
(114)	La Atipicidad.....	272
(115)	Las Consideraciones Críticas.....	273
(B)	MI TEORIA.....	274
(116)	La Tipicidad en el Causalismo.....	275
(117)	La Tipicidad en el Finalismo.....	281
(118)	Las Consideraciones Críticas.....	283
(119)	La Nueva Estructura del Tipo.....	284
(120)	El Elemento Regulador.....	286
(121)	La Nueva Estructura de la Tipicidad.....	287
(C)	EL ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO REGULADOR.....	288
(122)	La Necesidad de que Exista el Delito-Tipo.....	289
(123)	El Concepto del Delito-Tipo.....	290
(124)	La Función del Delito-Tipo.....	292
(125)	Las Clases de Tipos.....	295
(126)	La Construcción del Delito-Tipo.....	299
(127)	Los Elementos del Delito-Tipo.....	303
(128)	La Clasificación del Delito en Orden al Tipo.....	315
(129)	La Tipicidad.....	327
(130)	La Función de la Tipicidad.....	329
(131)	La Importancia de la Tipicidad.....	332
(132)	Las Características de los Tipos Penales.....	333
(133)	La Carencia de los Tipos Penales.....	333
(134)	Las Consecuencias de la Aparición del Elemento Regulador.....	340
(D)	EL ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO REGULADOR.....	341
(135)	Las Causas de Atipicidad.....	341
(136)	Las Consecuencias de la Ausencia del Elemento Regulador.....	346

(E) LOS CUADROS SINOPTICOS.....	349
(F) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	355

CAPITULO TERCERO.

NULLUM CRIMEN SINE ANTIJURIDICIDAD.

La Teoría General del Elemento Valorativo.....	356
--	-----

(A) LA TEORIA TRADICIONAL.....	358
(137) El Concepto de la Antijuridicidad.....	367
(138) Las Clases de Antijuridicidad.....	362
(139) El Papel que Desempeña la Antijuridicidad.....	362
(140) Las Causas de Licitud o Justificación en General.....	363
(141) Las Consideraciones Críticas.....	365

(B) MI TEORIA.....	365
(142) La Antijuridicidad en el Causalismo.....	367
(143) La Antijuridicidad en el Finalismo.....	368
(144) Las Consideraciones Críticas.....	369
(145) El Elemento Valorativo.....	369
(146) La Nueva Estructura de la Antijuridicidad.....	371

(C) EL ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO VALORATIVO.....	371
(147) El Concepto de la Antijuridicidad.....	372
(148) La Antijuridicidad en General.....	379
(149) La Antijuridicidad en Materia Penal.....	381
(150) La Existencia del Deber Ser.....	384
(151) La Contrariedad al Deber Ser.....	391
(152) Las Clases de Antijuridicidad.....	398
(153) La Antijuridicidad Especial Tipificada.....	405
(154) La Presunción de la Antijuridicidad.....	407
(155) La Función de la Antijuridicidad.....	408
(156) La Concreción de la Antijuridicidad.....	414
(157) Las Consecuencias de la Aparición del Elemento Valorativo.....	419

(D) EL ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO VALORATIVO.....	420
(158) La Inexistencia del Deber Ser Jurídico-Penal.....	421
(159) La Aparición de una Norma Justificativa.....	422
(160) Las Normas Justificativas.....	422
(161) Las Justificantes Legales.....	427
(162) Las Justificantes Extralegales.....	428
(163) La Legítima Defensa.....	429
(164) El Estado de Necesidad.....	442
(165) El Ejercicio de un Derecho.....	450
(166) El Cumplimiento de un Deber.....	454
(167) El Límite Legítimo.....	455
(168) La Obediencia Jerárquica.....	456
(169) El Consentimiento del Interesado.....	459
(170) Las Consecuencias de la Ausencia del Elemento Valorativo.....	462

(E) LOS CUADROS SINOPTICOS.....	470
---------------------------------	-----

(F) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	479
---	-----

CAPITULO CUARTO.

NULLUM CRIMEN SINE CULPABILIDAD.

La Teoría General del Elemento Normativo.....	480
---	-----

(A) LA TEORIA TRADICIONAL.....	485
(171) La Intención.....	486
(172) La Culpa Intención.....	495
(173) La No Intención.....	499
(174) El Límite de la Culpabilidad.....	505
(175) Las Consideraciones Críticas.....	507

(B) MI TEORIA.....	507
(176) La Culpabilidad Psicológica.....	509
(177) La Culpabilidad Normativo-Causalista.....	515
(178) La Culpabilidad Normativo-Finalista.....	525
(179) Las Consideraciones Críticas.....	534
(180) El Elemento Normativo.....	542
(181) La Nueva Estructura del Elemento Normativo.....	544

(C)	EL ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO NORMATIVO.....	545
(182)	El Concepto de la Culpabilidad.....	546
(183)	La Función de la Culpabilidad.....	552
(184)	El Juicio Normativo.....	558
(185)	Libre Albedrío o Determinismo?.....	560
(186)	El Ejercicio de la Libertad al Actuar.....	564
(187)	La Exigibilidad.....	568
(188)	La Reprochabilidad.....	569
(189)	Los Grados del Reproche.....	572
(190)	El Elemento Normativo y los Incapaces.....	572
(191)	Las Consecuencias de la Aparición del Elemento Normativo.....	577
(D)	EL ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO NORMATIVO.....	577
(192)	La Coacción.....	579
(193)	La Inexigibilidad.....	580
(194)	La Irreprochabilidad.....	581
(195)	Las Consecuencias de la Ausencia del Elemento Normativo.....	582
(E)	LOS CUADROS SINOPTICOS.....	587
(F)	LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	591

SECCION TERCERA.

LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD.

La Teoría General de la Responsabilidad por la Intervención en el Delito 592

(A)	LAS NOCIONES GENERALES.....	593
(B)	LOS VINCULOS DE LA RESPONSABILIDAD.....	594
(196)	La Intervención en el Delito.....	598
(197)	La Diferencia de la Intervención con Otras Formas Similares.....	611
(198)	La Situación Problemática de la Intervención.....	616
(199)	Los Principios de la Teoría de la Intervención en el Delito.....	627
(200)	La Responsabilidad.....	638
(201)	Las Teorías de la Responsabilidad.....	642
(202)	El Fundamento de la Responsabilidad.....	646
(203)	La Responsabilidad y sus Relaciones.....	651
(C)	MI TEORIA.....	653
(204)	Los Grados de Intervención en el Delito.....	657
(205)	La Intervención en el Acuerdo o Plan.....	662
(206)	La Intervención en la Preparación.....	662
(207)	La Intervención Mediata.....	662
(208)	La Intervención Intelectual.....	663
(209)	La Intervención Material.....	663
(210)	La Intervención en Coautoría.....	663
(211)	La Intervención en Complicidad.....	664
(212)	La Intervención Subsecuente.....	664
(213)	La Intervención en Complicidad Correlativa.....	664
(214)	La Intervención en el Delito Remanente.....	664
(215)	Las Consecuencias de la Intervención.....	665
(216)	Las Circunstancias y la Intervención.....	665
(217)	La Responsabilidad.....	666
(218)	La Responsabilidad Penal.....	666
(219)	La Responsabilidad Social.....	666
(220)	La Responsabilidad de Menores.....	666
(221)	La Responsabilidad del Estado.....	669
(222)	La Responsabilidad Civil Derivada de un Acto Ilícito Penal.....	671
(223)	La Manera de Valorar la Responsabilidad.....	672
(224)	La Irresponsabilidad.....	673
(D)	LOS CUADROS SINOPTICOS.....	673
(E)	LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	674

SECCION CUARTA.

LA NUEVA ESTRUCTURA DE LAS SANCIONES PENALES.

La Teoría General de las Sanciones Penales..... 675

(A)	LAS NOCIONES GENERALES.....	677
(225)	Las Noticias Históricas de la Pena.....	677
(226)	Las Fases Evolutivas de la Penalidad.....	681

(B)	MI TEORIA.....	684
(227)	El Fundamento de las Sanciones Penales.....	684
(228)	Las Instancias de las Sanciones Penales.....	686
(229)	Los Niveles de las Sanciones Penales.....	689
(230)	Las Normas Constitucionales Relacionadas con las Sanciones Penales.....	697
(231)	La Función de las Sanciones Penales.....	698
(232)	Las Sanciones Penales como Género.....	710
(233)	Las Características de las Sanciones Penales.....	711
(234)	Las Sanciones Penales y las Garantías del Individuo.....	712
(235)	Las Penas.....	717
(236)	La Privación de la Vida.....	720
(237)	La Privación de la Libertad Corporal.....	721
(238)	El Tratamiento Especializado para Rehabilitación Corporal.....	722
(239)	La Multa.....	722
(240)	La Compensación del Daño.....	724
(241)	El Decomiso.....	727
(242)	La Suspensión o Privación de Derechos.....	728
(243)	La Publicidad Especial de Sentencia.....	729
(244)	La Intervención, la Remoción, la Suspensión y la Disolución de Agrupaciones.....	729
(245)	Las Penas Tutelares.....	730
(246)	Las Medidas de Tratamiento Especializado.....	730
(247)	Las Circunstancias que Influyen en la Individualización de las Sanciones Penales.....	738
(248)	Los Beneficios Penales.....	751
(249)	El Cese de la Pretensión Punitiva Estatal.....	756
(C)	LOS CUADROS SINOPTICOS.....	757
(D)	LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	766
	BIBLIOGRAFIA GENERAL.....	767
	ADDENDA.....	I
	UN PROYECTO DE LEGISLACION. El Catálogo de Normas Penales para los Estados Unidos Mexicanos.	
(A)	LA EXPOSICION DE MOTIVOS Las Razones. La Obra.	
(B)	EL PROYECTO. El Libro Primero. DE LA PARTE GENERAL. El Libro Segundo. DE LA PARTE ESPECIAL.	

P R O L E G O M E N O :

Por fortuna, todas las disciplinas que pueden ser englobadas en el campo de las ciencias especulativas, de las cuales el mundo de la juridicidad forma parte, se encuentran en constante evolución, lo cual deja entrever que los institutos en ellas comprendidos se van transformando.

Forzosamente esa dinámica ha repercutido en el concepto de la ciencia jurídico-penal, como en los entes y fenómenos con los cuales está integrada; de todo ello han resultado diversos "sistemas de Derecho Penal", de los cuales hablaré en mi trabajo.

Atenta a estas explicaciones, surgió en mi mente la idea de elaborar **LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA PARTE GENERAL DE LA CIENCIA JURIDICO-PENAL** que les ofrezco como tesis para obtener mi grado de **DOCTORA EN DERECHO** y que tiene como objetivo fundamental reestructurar la teoría existente en la materia.

Como podrá observarse en el transcurso de mis exposiciones, nada nuevo estoy brindándole al contenido de su temática; creo que simplemente la despojo de todo aquello que le sobra y la revisto con lo que, a mi juicio, le hace falta y que procuro dar una nueva orientación científica.

Pienso que los mexicanos hemos aceptado sin reparo alguno los pensamientos de los autores extranjeros; tan es así, que no podemos afirmar que México cuente con una doctrina penal propia. Se aceptó sin mucha reticencia los postulados de otros países, admitiendo y haciendo nuestros, por consecuencia, sus errores.

No puedo dejar de reconocer que la postura penal que se encuentra en boga en nuestro país, es de corte netamente ajeno. Sé bien que los principios de la ciencia jurídica comparada pueden influir en todas las naciones; mas sólo deben ser tomados como basamento para reestructurar tendencias propias y adecuadas a su realidad.

Considero que en la República Mexicana existen y han existido doctrinarios penales de mucho renombre, que tienen ideas bien definidas; lo cierto es que solamente han disertado sobre lo que dictan los principios de los autores tradicionalistas y que poco o casi nada han dicho con respecto a las nuevas tendencias de la materia.

Es mi deseo hacer una atenta invitación a todos mis compatriotas que están dedicados a la tarea científica de investigar, para que cooperen conmigo en la elaboración de una doctrina que pueda ser llamada "mexicana". Como, en mi opinión, no puede pedirse lo que una no es capaz de hacer, trato de darles el ejemplo y espero ser secundada.

La obra se llama **LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA PARTE GENERAL DE LA CIENCIA JURIDICO-PENAL** y, tal vez no esté muy depurada porque apenas sale a la luz, aunque nueva si que lo es y pretende facilitar la enseñanza, el aprendizaje y la aplicación de sus principios: el sistema recibe el nombre de **SINCRETISMO PENAL**.

El objetivo general a lograr es muy ambicioso: Tiende a la actualización de toda la orientación penal mexicana, tanto en el campo de la doctrina, la didáctica y la legislación, como en el de la jurisprudencia. Por algo se tiene que empezar y pongo mi grano de arena, colaborando con esta tesis.

No pretendo decir que en la materia jurídico-penal tengo la última palabra; si recordamos que la nuestra es una ciencia especulativa y que procura perfeccionarse, debemos concluir que me anteceden y preceden múltiples y variadas opiniones. Mucho más falta por ser escrito y los estudiosos tienen la pauta.

Le toca a los estudiantes y a los jurisperitos empaparse del material jurídico-penal y acogerse a la postura que les resuelva mayores problemas y que les parezca más comprensible, para poder empezar a formarse su criterio y así, lograr una estructura propia para su pensamiento.

De una cosa sí que estoy muy segura: Saber ciencia jurídico-penal, no significa copiar y dedicarse a repetir lo que dicen los demás, sino abocarse a conformar una exclusiva teoría utilizando, desde luego, los parámetros que han sido preestablecidos por quienes por primera vez abordaron el tema.

Estarán de acuerdo conmigo en que a BEETHOVEN no podría habersele llamado "un gran músico", si solamente se hubiese ocupado de reproducir las composiciones ajenas, sin llegar a construir sus bellísimas sinfonías, tomándose la tarea de perfeccionar la música que había sido escrita por otros autores.

Mi obra está dedicada especialmente a los estudiosos que alguna vez hayan sentido la necesidad de investigar y modificar lo que en materia penal ha sido dicho con mucha autoridad, para alentarlos a cobrar el valor de inconformarse con aquello que todos sabemos que está mal.

Someto a vuestra consideración mi esfuerzo de cuatro años y os pido un favor: Sed benignos al criticarme, apenas empiezo a ser docta y no me mueve otro deseo que el de ser útil, aunque sólo sea en una pequeña medida, al país en que nací y a toda su gente que se hubiese visto o se vea implicada en una relación procesal-penal.

LICENCIADA FLOR DE MARIA MEDINA HERNANDEZ.

Ciudad Universitaria, México, Distrito Federal, 1990.

SECCION PRELIMINAR

LA INTRODUCCION

SUMARIO

LA INTRODUCCION. EL MARCO CONCEPTUAL. (A) LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES PREVIOS: (1) El Derecho. (2) La Ciencia Juridico-Penal. (3) La Legislación Penal. (4) La Dogmática Juridico-Penal. (5) Las Ciencias Penales. (6) Las Ciencias Auxiliares. (7) Las Teorías Generales. (B) LA CIENCIA JURIDICO-PENAL: (8) Su Denominación. (9) Su Objeto de Estudio. (10) Su Método de Estudio. (11) Sus Objetivos. (12) Sus Características. (13) Su Titular. (14) Sus Relaciones con Otras Disciplinas Jurídicas: (a) La Ciencia Jurídica General. (b) La Ciencia Jurídico-Constitucional. (c) La Ciencia Jurídico-Procesal. (d) La Ciencia Jurídico-Procesal Penal. (e) La Ciencia Jurídico-Civil. (f) La Ciencia Jurídico-Internacional. (g) Las Otras Ciencias Jurídicas. (h) La Ciencia y la Legislación Penal Comparadas. (i) La Filosofía Jurídica. (j) La Historia Jurídica. (k) La Política Jurídica. (C) LA SISTEMÁTICA: (15) La Sistemática de la Legislación Penal. (16) La Sistemática de la Ciencia Juridico-Penal. (17) La Sistemática de las Ciencias Penales. (18) La Sistemática de la Teoría General de la Ley Penal. (19) La Sistemática de la Teoría General del Delito. (20) La Sistemática de la Teoría General de la Responsabilidad. (21) La Sistemática de la Teoría General de las Sanciones Penales. (D) EL DELITO: (22) Mi Concepto Previo del Delito. (23) El Desarrollo Histórico del Delito. (24) Las Escuelas Penales y el Delito: (a) La Escuela Clásica. (b) La Escuela Positiva. (c) Las Escuelas Eclécticas. (25) El Proceso de la Valoración Jurídica del Delito. (E) LAS CONCEPCIONES DEL DELITO: (26) La Concepción Unitaria o Totalizadora. (27) La Concepción Analítica o Atomizadora. (28) La Concepción por Número de Hechos. (29) La Concepción Sociológica. (30) Concepción Psicológica. (31) La Concepción Filosófica. (32) La Concepción Criminológica. (33) La Concepción Legal. (34) La Concepción Dogmática: (a) La Concepción Dogmática en el Aspecto Positivo del Delito. (b) La Concepción Dogmática en el Aspecto Negativo del Delito. (35) Mi Concepción del Delito. (F) LOS PRESUPUESTOS, LOS ELEMENTOS Y LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO: (36) El Concepto de los Presupuestos del Delito. (37) La Clasificación de los Presupuestos del Delito. (38) El Concepto de los Elementos del Delito. (39) La Clasificación de los Elementos del Delito. (40) El Concepto de las Circunstancias del Delito. (41) La Clasificación de las Circunstancias del Delito. (G) EL ORDEN LOGICO ENTRE LOS ELEMENTOS DEL DELITO: (43) La Importancia del Orden. (44) El Orden Lógico en el Aspecto Positivo del Delito. (45) El Orden Lógico en el Aspecto Negativo del Delito. (H) LOS CUADROS SINOPTICOS: (a) Los Conceptos Fundamentales Previos. (b) La Ciencia Juridico-Penal. (c) Las Relaciones de la Ciencia Juridico-Penal. (e) La Sistemática. (f) Los Presupuestos, los Elementos y las Circunstancias del Delito. (g) El Orden Lógico entre los elementos del Delito. (I) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

LA INTRODUCCION

No pretendo ser sabia, ya que mi estudio, dedicación, experiencias y conocimiento, marcarán los límites de mi sabiduría.

FLOR DE MARIA.

Para un estudiante del segundo semestre de la Facultad de Derecho resulta sumamente difícil comprender, de pronto, los postulados de la ciencia jurídico-penal, por las deficiencias que tenemos en la preparación, en la motivación y en los recursos didácticos de que puede echar mano quien la enseña.

Yo tropecé con enormes dificultades para entender el quid de las disposiciones legislativas, doctrinales y prácticas. No encontraba el por qué de las contradicciones entre los mundos del ser y del deber ser y reconozco que era, principalmente, por mi falta de conocimientos.

Todo ello me condujo a saciar mi sed de saber, por medio de la investigación. Quiero recordar las frases de STAHL: "El cultivo del derecho positivo fue el que impuso cuestiones e investigaciones, cuya solución no encontré en él, y sin buscarlo ni quererlo, me empujó a una región científica superior". (1)

Decidí sintetizar todo lo que he leído y aprendido en ideas propias, que plasmo en mi tesis doctoral, para dedicarla a los estudiantes de mi Facultad y motivarlos en el análisis de la ciencia jurídico-penal, así los ayudaré en el aprendizaje de la teoría de una disciplina humanística tan importante.

EL MARCO CONCEPTUAL.

La estructura de mi obra se inicia con el estudio de los conceptos fundamentales previos; esto no obedece a un simple capricho de llenar hojas y más hojas, sino a lograr un trabajo voluminoso e imponente, sino que tiene una muy especial razón de ser, que espero sea comprendida por todos.

En primer lugar, he considerado la sistemática que es necesaria en el estudio de la ciencia jurídico-penal. Después, quiero que cualquier persona que me honre con su lectura, esté o no relacionada con mi materia, tenga previo a su análisis un panorama amplio de los términos que manejará.

Entiéndase que no puedo de entrada hablar del pan y hacer un tratado de cada uno de sus elementos, si no doy con anterioridad un clarísimo marco conceptual que explique qué es el pan y cuáles son los elementos de los que está fornado. Lo mismo sucede con la teoría penal.

Justificantes podría encontrar muchísimas más, aunque el paso del tiempo nos dirá si era o no necesario que introdujera al lector de esta manera en el tema, familiarizándolo con el concepto y la definición de los temas que manejaré en las teorías generales de la ley, del delito, de la responsabilidad y de las sanciones penales.

(A) LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES PREVIOS.

Cualesquiera de las disciplinas científicas que escojamos al azar posee una serie de tecnicismos que le son propios para estructurar su lenguaje común, que es utilizado por los estudiosos, y quienes se inician como estudiantes deben aprender a manejarlos, entrando en contacto con los conceptos que les han sido dados.

La materia jurídico-penal no es la excepción y para comprenderla es necesario que antes de entrar al análisis de los temas incluidos en su estudio, el lector se relacione con los conceptos del Derecho, la ciencia, la legislación, la dogmática y las teorías generales.

Ello facilitará su aprendizaje y el entendimiento de los términos que son básicos para conocer mejor el vocabulario empleado por los juristas, los jurisprudentes y los jurisperitos, al tratar temas ligados con la relación procesal-penal, en el mundo de la práctica en los foros.

Cada uno de los términos será explicado con la mayor sencillez posible, atendiendo a la idea principal de mi tesis, que es la de brindar una nueva estructura de las teorías generales de toda la materia penal, para facilitar su comprensión, estudio y enseñanza.

(1) EL DERECHO.

En el mundo jurídico todas las cuestiones son muy debatidas todavía; empero, ninguna hay que preocupe tanto a los juristas como la concepción y definición del Derecho. Habrá tantas posturas como gente habite en el mundo, porque siendo un concepto tan subjetivo, cada uno le dará diferentes matices a la suya. (2)

(1) STAHL. *Filosofía del Derecho*. Prólogo a la primera edición.

(2) Cfr. MEDINA HERNANDEZ. *El Derecho: ¿Es una Ciencia o un Arte?*. Tesis del Curso de Metodología Jurídica. Cursos de Doctorado. División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1987.

TAMAYO Y SALMORAN está de acuerdo con esto y dice: "Pocas cuestiones referentes a la sociedad humana han sido preguntadas con tanta persistencia y contestadas en formas tan diversas, extrañas, e incluso paradójicas, como la cuestión: ¿Qué es Derecho?". (3)

Esta interrogante por sí sola, nos lleva a hacernos muchas preguntas nuevas que estarán relacionadas con las respuestas que le demos. Para una mejor comprensión de su significado, tendremos que remontarnos al origen del vocablo que en este momento acapara nuestra atención.

Atendiendo a su etimología, el término *derecho* proviene del latín vulgar *directus*, que alude a todo aquello que está conforme con una regla impuesta; lo que no se desvía para uno u otro lados, que sigue su propio rumbo, previamente fijado, sin oscilaciones. El Derecho es lo que debe ser. (4)

En el castellano tiene varias acepciones, de las que entresacamos las siguientes: a) Justo, fundado, razonable, legítimo. b) Conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones en la sociedad civil y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos. (5)

En otras lenguas sus equivalentes son: *Jus* (latín), *pravo* (ruso), *direito* (portugués), *diritto* (italiano), *recht* (alemán), *droit* (francés), *nomos* (griego), *right* o *law* (inglés), etc. Sus relativos son: Norma, justo, jurídico, legal, lícito, etc. y los contrarios son: Injusto, antijurídico, ilegal, ilícito, etc.

Errado o no, cada uno posee un concepto del derecho y definiciones técnicas habrá tantas como juristas destinen su paciencia a estructurarlas. De ordinario está asociado con las nociones de norma, ley, orden y justicia, con la característica común de la coacción y la coercitividad. (6)

El concepto del Derecho es netamente subjetivo y se encuentra relacionado con las necesidades del ser humano. Ha sido utilizado para diferentes funciones, descollando principalmente aquella que regula el comportamiento en la sociedad civil, para la protección de los valores fundamentales.

KELSEN afirma: "Otra nota común de los sistemas sociales designados como [derecho], es que son órdenes coactivas, en el sentido en que se relacionan con un acto coactivo (esto es, con un mal), como la privación de la vida... ante ciertas circunstancias consideradas como indeseables, en cuanto socialmente perjudiciales". (7)

BODENHEIMER señala: "Por su propia naturaleza el Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo entrena el poder del gobierno". (8)

CHAVEZ nos dice: "El Derecho es un sistema normativo generalmente externo, en tanto los usos son absolutamente externos y la moral y la religión eminentemente internas". (9)

(3) TAMAYO Y SALMORAN. *El Derecho y la Ciencia del Derecho*. p. 19. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 1984.

(4) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Editorial Espasa-Calpe. Madrid. 1970.

(5) *IBEM*. Nota (4).

(6) Los doctrinarios suelen identificar los dos términos; yo los distingo así: La coacción es la amenaza que está implícita en la norma, para determinar al cumplimiento del deber, y la coercitividad es el uso de la fuerza del aparato estatal, para hacer efectiva esa amenaza.

(7) KELSEN. *Teoría Para del Derecho*. pp. 46/7. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 1982. Al leer el resto del párrafo, puede ser comprobada la afirmación que hago en la nota anterior.

(8) BODENHEIMER. *Teoría del Derecho*. p. 26. Fondo de Cultura Económica. México. 1941.

(9) CHAVEZ. *El Derecho Agrario en México*. pp. 16/7. Editorial Porrúa, S.A. México. 1964.

RECASENS explica. "Ya se ha demostrado en capítulos precedentes que el Derecho es un conjunto de normas, y todavía más, se anticipó que la normatividad jurídica tiene como carácter específico la coercitividad o imposibilidad inexorable". (10)

Acercas del Derecho han sido dichas muchas cosas. Se ha mencionado que tiene un sentido subjetivo y otro objetivo, que su origen es natural o positivo, que su fin es la realización de la justicia, que sus criterios fundamentales de distinción son la heteronomía, la bilateralidad, la coercitividad y la exterioridad. (11)

Lo más común es que al Derecho se lo identifique con un conjunto de normas o ley (objetividad); empero, la concepción es falsa, debido a que los catálogos normativos integran leyes jurídicas y el Derecho es su sustento, su razón de ser y de cumplirse. Si no hay Derecho no existe la norma ni la ley.

El Derecho es un concepto subjetivo que, como dijo DEL VECCHIO, todos captamos de manera intuitiva. En este orden de ideas, cuando decimos: "Tengo derecho", no es que tengamos una norma en la mano, que poseamos la ley o bien, que hayamos aprehendido a la justicia --que es otro concepto subjetivo--.

En una primera fase, el Derecho es algo que se siente y que nunca se palpa; es, como la justicia, una idea, algo intangible. Cualquiera puede tener una noción muy suya del Derecho, que estará en relación directa e íntima con la medida de sus necesidades. La magnitud del derecho la da la necesidad.

El concepto del Derecho nació en los albores de la sociedad, en el momento mismo en que alguien sintió la necesidad de que se le diera algo, se le hiciese o le fuera respetado. Su origen es natural y debe ser ejercitado con base en la razón, porque nadie debe hacerlo valer lesionando los derechos de los demás en forma injusta.

En el estado de naturaleza el hombre primitivo ejercitaba su derecho haciendo uso de la fuerza física, la cual encontraba sus límites en la resistencia que oponían los demás. De esta manera, alguno de ellos --el más débil--, tenía que resignarse a ver que sus intereses fueran lesionados.

El Derecho es uno solo y encuentra diferentes manifestaciones: Para pensar, actuar, poseer, decir, etc. Todas ellas fueron recogidas en los catálogos de normatividad social, moral o religiosa. Como ello no fue suficiente, surgió el sistema jurídico para proteger las expresiones fundamentales del derecho --bienes jurídicos--.

En esquemas concretos de normatividad jurídica fue plasmada la mayoría de las conductas que controvertían una expresión fundamental del Derecho, la lesionaban, la destruían o la hacían peligrar y así, procuró limitarse su ejercicio y buscar un concepto de justicia y derecho, común para una sociedad.

El concepto subjetivo del Derecho adquiere objetividad y uniformidad al ser enmarcado en las normas jurídicas. Si el ser humano quiere vivir en sociedad, tiene que aceptar que el libre ejercicio de sus derechos sea limitado y adherirse a la voluntad de constituir un orden jurídico que tienda a la búsqueda del bien común.

Así, puedo definir al Derecho como la posibilidad de realizar determinados actos, tendientes a la consecución de un fin. (12) Ya en el punto de vista objetivo, esa posibilidad se encuentra limitada por ciertos parámetros normativos, que procuran el ejercicio igualitario para todos los miembros de la sociedad.

(10) RECASENS. Introducción al Estudio del Derecho. p. 83. Editorial Porrúa, S.A. México. 1974.

(11) Heterónomo, porque el mandato emana de una voluntad distinta a la del obligado. Bilateral, en virtud de que frente al obligado existe un sujeto facultado para exigir el deber ser. Coercitivo, ya que el mandato debe ser cumplido aun en contra de la voluntad del obligado. Externo, en vista de que está referido a la voluntad exteriorizada en la conducta.

La norma jurídica es una regla de conducta social que ha sido estipulada para proteger determinada expresión fundamental del derecho, bajo la amenaza --coacción-- de una sanción, que será impuesta por la fuerza --coercitividad--, a quien transgrede el deber que de ella emana.

El objetivo de la normatividad jurídica es el de conservar el statu quo de la sociedad, tutelando expresiones fundamentales del Derecho (bienes jurídicos) y buscando conceptos del Derecho y de la justicia (jurídica), que le sean comunes a todos los miembros de un núcleo. (13)

(2) LA CIENCIA JURIDICO-PENAL.

¿Cuánto se ha discutido acerca de si el estudio de los entes y fenómenos jurídicos puede adquirir un matiz de científicidad! Siento que es preciso acabar de tajo con la absurda división entre Ciencias y Humanidades, que permite que exista una Facultad de Ciencias en la que el estudio de lo jurídico no está incluido.

Pienso que fue hecha con egoísmo y sin meditar debidamente acerca de las facetas del quehacer humano. Para mí, cualquier área del conocimiento que sea estudiada en las aulas de una universidad, deberá adquirir el rango de Ciencia. De hecho, todas las actividades humanas son ciencia y arte.

No importa cuál sea el trabajo al que el hombre se dedique, porque tiene que estar enmarcado en cualesquiera de estas cuatro categorías: Ciencia, arte, deporte u ocio. (14) En este orden de ideas, no solamente una labor de investigación en el laboratorio es científica, como han pretendido afirmar. (15)

Las ciencias pueden ser exactas (naturales) y especulativas (sociales). La ciencia jurídica pertenece a la segunda categoría; sus leyes fueron creadas por la razón, con base en la necesidad humana y son expresadas en términos del deber ser. Poseen fuerza dinámica y afán de perfeccionamiento. (16)

En la ciencia jurídica se encuentra comprendida una multiplicidad de áreas, las cuales también son científicas y han ido separándose del tronco común, en la medida en que sus objetivos son más específicos. De entre ellas hago que sobresalga la ciencia jurídico-penal, a la que está dedicado este estudio.

Nuestros doctrinarios han hecho una división un poco confusa, que incluye: Derecho Penal, Ciencia del Derecho Penal, Ciencias Penales y Ciencias Auxiliares del Derecho Penal, a los cuales conceptuaré y definiré en lo sucesivo, aunque haciendo uso de algunas denominaciones diversas.

FORTÉ PETIT dice: "Concluimos que son conceptos totalmente diferentes Derecho Penal, Ciencia Penal y Ciencia del Derecho Penal. El primero es el conjunto de normas jurídico-penales; la segunda es el conjunto de principios que refieren al delito, al delincuente y a las penas y medidas de seguridad, y la tercera, es el estudio de las normas jurídico-penales, o sea la dogmática jurídico-penal". (17)

(12) A mayor abundamiento de lo que aquí expuse, puede consultarse la obra que cité en la nota (2).

(13) **IDEM**.

(14) La ciencia es el cuerpo de doctrinas metodológicamente ordenado y formado. El arte es el conjunto de preceptos y reglas que nos indican cómo hacer bien una cosa. El deporte es una recreación al aire libre. En fin, el ocio es una actividad reposada.

(15) Cfr. MEDINA HERNÁNDEZ. Op. cit., en la nota (2). Para negarle su calidad de científica a la ciencia jurídico-penal, se ha dicho que no puede gozar de tal carácter, ya que sus postulados no llegan a ser comprobados a través de la experimentación.

(16) **IDEM**, pp. 17 y ss. El afán de perfeccionamiento es la meta más alta a la que aspira la ciencia jurídica en general; por eso, al dedicarnos a teorizar en ella debemos poner especial empeño en dar proposiciones certeras y no decir lo que nos salga al paso.

(17) **FORTÉ PETIT**. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. p. 28. Editorial Porrúa, S.A. México. 1979.

Al Derecho Penal voy a llamarlo legislación penal; a la ciencia penal, ciencia jurídico-penal y a la ciencia del Derecho Penal, dogmática jurídico-penal en el entendido de que la ciencia jurídico-penal es genérica y a su vez, comprende el estudio de lo referente a las otras dos disciplinas.

Aclarado el asunto, procedo a definir la ciencia jurídico-penal como el cuerpo de doctrinas metodológicamente ordenado, referente al estudio de las teorías generales de la ley penal, del delito, de la responsabilidad y de las sanciones penales, desde los puntos de vista teórico, práctico y normativo.

Quiero asentar que el término adecuado para denominar al quehacer que realizamos los juralistas es el de ciencia jurídico-penal y no solamente ciencia penal, porque debe quedar claro que el segundo no es suficiente, toda vez que con él se hace referencia a todas las disciplinas que estudian lo relacionado con las penas.

Para justificar el denominador de ciencia me valgo del pensamiento de MAGGIORE, quien dice: "La ciencia de los entes y los fenómenos jurídicos considerados en sus aspectos comunes e invariables es la teoría general del derecho, que estudia los fenómenos jurídicos en sus lineamientos formales, fija sus constantes mediante un proceso de abstracción, generalización y clasificación y constituye una jerarquía de principios que tienen un valor lógico cognoscitivo, o sea de ciencia". (18)

SCARPELLI nos explica: "De ciencia del Derecho cabe, espero, hablar del sentido lato, según el cual es científico todo discurso que tiende a la precisión, al rigor y a la coherencia. Merced a las tareas interpretativas y constructivas, el jurista elabora un lenguaje y un aparato conceptual que le permite traducir las normas interpretadas a expresiones precisas y formular de manera rigurosa las expresiones internas del sistema". (19)

El vocablo jurídico también debe quedar en la denominación de nuestra disciplina, en virtud de que ella deriva de un tronco común llamado ciencia jurídica, que comprende el estudio de un sistema completo e integrado por doctrina, legislación y jurisprudencia de todas y cada una de sus áreas.

Por último, a esta rama de la ciencia jurídica deberá agregársele el calificativo penal, para que esté bien claro que en su estudio queda comprendido lo relativo a la ley penal, al delito, a la responsabilidad y a las sanciones penales. Estas son las áreas que están vinculadas a su análisis.

Tenemos que la ciencia jurídico-penal está integrada por las teorías generales de la ley penal, del delito, de la responsabilidad y de las sanciones penales. Recordemos que sus principios surgen de la doctrina, de la ley y de la jurisprudencia. Estas son las que se han llamado "fuentes del Derecho."

En la ciencia jurídico-penal propiamente dicha, se reúnen tres ciencias que son: la dogmática jurídico-penal, que tiene por objeto el análisis de la ley penal y del delito (propiamente); la criminología --cuya meta es la de estudiar al delincuente-- y la penología, que toma como fin de estudio a las sanciones penales.

La criminología es la ciencia que se dedica al análisis de los diferentes aspectos de la conducta antisocial y de sus autores, desde un punto de vista causal-explicativo. La penología es el conjunto de principios ordenados metodológicamente, cuyo objeto de estudio lo constituyen las sanciones penales.

En la doctrina se ha dicho que la criminología es: La ciencia sintética, causal, explicativa, natural y cultural de las conductas antisociales, siguiendo a QUIROZ CUARON. (20)

(18) MAGGIORE. Citado por VILLARREAL MORO. *La Dogmática Penal*. p. 3. Ponencia.

(19) SCARPELLI. *Così e il Positivismo Giuridico*. p. 45. Edizioni di Comunità. Milano. 1965.

(20) QUIROZ CUARON. Citado por RODRIGUEZ MANZANERA. *Criminología*. p. 3. Editorial Porrúa, S.A. México. 1978.

Esta definición complementa a la de RUIZ FONES, quien la explicó como: "La ciencia sintética y empírica cuyos límites están fijados por el contenido: el estudio triple del delincuente y del delito, bajo los aspectos antropológico-jurídico, psicológico y sociológico". (21)

(3) LA LEGISLACION PENAL.

La disciplina jurídica de la que voy a ocuparme ha recibido diferentes denominaciones, a saber: Derecho penal, represivo, de castigar, transgresional, sancionador, reformador, criminal, protector de los criminales, protector de la sociedad, de los medios de lucha contra el delito, de la defensa social, de los principios de criminología, etc. (22)

Son tres las que considero más importantes: 1) Derecho criminal. 2) Derecho de defensa social. 3) Derecho penal. Voy a proceder a dar las explicaciones pertinentes de cada una de estas expresiones:

1) **Derecho Criminal.** Como denominaciones equivalentes tenemos las que siguen: *Kriminalrecht* (alemán), *droit criminale* (francés), *ugolovnik pravo* (ruso). El término es herencia de los principios de la ciencia jurídico-penal italiana.

Por él se sienten inclinados ANTOISEI, FLORIAN y SAUER quienes, contrariamente a su preferencia, designan a sus obras guiándose por la expresión **Derecho Penal**. (23) Tratan de justificar su postura diciendo que nuestra disciplina no solamente estudia a las normas que tienen como consecuencia jurídica una pena, sino que también incluye a las medidas de seguridad y no únicamente contiene delitos, sino también crímenes.

2) **Derecho de Defensa Social.** Esta denominación fue puesta de moda con el pensamiento de la Escuela Positiva Italiana del Derecho Penal, para la cual el fin primordial de nuestra disciplina es la protección o la tutela de la sociedad. No es muy común su utilización, aunque en México han existido ordenamientos legales que recibieron ese nombre.

3) **Derecho Penal.** En otras lenguas ésta es la denominación afín: *Straftrecht* y *peinlichesrecht* (alemán), *droit penal* (francés), *penal law* (inglés), *diritto penale* (italiano), *prawo karne* (polaco).

La posición es defendida por PETROCELLI, al decir que el objeto de estudio de nuestra materia es la represión del delito mediante la pena, que debe distinguirse de las otras sanciones establecidas por los demás ordenamientos jurídicos.

Este autor considera que las medidas de seguridad son un complemento de la pena y nada más. Que el término "criminal" deriva de crimen, que tiene un sentido impreciso y muy restringido. (24)

En mi opinión, la expresión más acertada es la de legislación penal, cuyo estudio constituye una ciencia. La refuerzo con los siguientes argumentos:

- El término **Derecho** no es el adecuado, por las razones que ya expresé. (25) Al conjunto de normas es más propio llamarlo ley o legislación o bien catálogo de normatividad, agregándole un adjetivo acorde con la materia que regulará.

- Para distinguir sus sanciones de las de otras áreas jurídicas, se las ha llamado penas, de allí el adjetivo penal. Las llamadas medidas de seguridad no son sino un aspecto más de las penas.

(21) *IDEM.*

(22) Cfr. FORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 13. Editorial Porrúa, S.A. México. 1979.

(23) ANTOISEI. *Manuale di Diritto Penale*. p. 2. Milano. 1955. FLORIAN. *Parte General de Derecho Penal*. Tomo I. pp. 3/4. La Habana. 1929. SAUER. *Derecho Penal*. p. 7. Barcelona. 1956.

(24) PETROCELLI. *Principi di Diritto Penale*. p. 6. Napoli. 1950.

(25) SUPRA. Sección Preliminar. Inciso (a). Número (1). El Derecho.

- Los caracteres de precepto y sanción son propios de todas las normas jurídicas, inclusive de las que no son de esa naturaleza; en materia penal adquieren la denominación de tipo de delito y sanción o simplemente, tipo y punibilidad o pena. Esta última es una característica esencial en nuestra área.

- Aun cuando la sanción pueda adoptar un matiz de medida de seguridad, de tratamiento, de tutela o de corrección, no deja de tener un carácter aflictivo, que es lo esencial de la pena.

Nos encontramos con que el total de las normas jurídicas se halla distribuido en catálogos legales de diferente naturaleza; así tenemos codificaciones penales, civiles, administrativas, fiscales, aduaneras, cooperativas, procesales, agrarias, del trabajo, de comercio, etc.

Todas ellas están guiadas por la ley de leyes la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su parte dogmática nos marca los principios fundamentales a los intereses del individuo que debe seguir toda legislación, para evitar conculcar los derechos o "garantías."

Es de interés primordial en mi trabajo definir la legislación penal, que forma parte del total ordenamiento jurídico y su absoluta distinción con las demás codificaciones nos la marca la situación de que es en nuestra materia en donde encontramos una mayor manifestación del poder coactivo y coercitivo del Estado.

En ella se descubre al famoso *ius punendi* (derecho de castigar), que obliga al cumplimiento de sus mandatos bajo la amenaza y aplicación de las sanciones que encontramos previstas en sus postulados, para someter a quienes los transgredan. La coacción y la coerción son características esenciales de la legislación penal.

Los tratadistas de tradición la llaman "Derecho Penal" y PORTE PETIT nos brinda el siguiente concepto: "Es el conjunto de normas jurídicas que prohíbe determinadas conductas o hechos u ordena ciertas conductas, bajo la amenaza de una sanción". (26)

Para JIMENEZ DE ASUA es: "El conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto para la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando la infracción de la norma a una pena finalista o a una medida aseguradora". (27)

JESCHECK opina: "El Derecho Penal determina que contravenciones del orden social constituyen delito, y señala la pena que ha de aplicarse como consecuencia del mismo. Prevé, asimismo, que el delito puede ser presupuesto de medidas de mejora y de seguridad y de otra naturaleza (por ej. confiscación y comiso)". (28)

En fin, CAVALLO lo define como: "El conjunto de normas jurídicas que establecen los hechos constitutivos de delito y fijan las penas que deben aplicarse a los autores del delito". (29)

Según mi concepto, la legislación penal puede ser comprendida desde dos puntos de vista: El parcial, que únicamente comprende al conjunto de normas que se encuentran incluidas en el código penal, y el total que es el que voy a proceder a explicar.

Primero es el conjunto de normas jurídico-penales, de carácter público, que prohíben o prescriben determinadas conductas descritas en un delito-tipo y sancionan su incursión, con una pena o medida de tratamiento especializado. A través de principios previamente establecidos, regulan los delitos-tipo y en ocasiones, con ciertos requisitos, eximen de sanción.

(26) PORTE PETIT. Op. cit. Nota (17), p. 16.

(27) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 18. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1980.

(28) JESCHECK. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen Primero. p. 15. Bosch, S.A. Barcelona. 1981.

(29) CAVALLO. Diritto Penale. Tomo I. p. 1. Napoli. 1948.

En su totalidad, es ese conjunto de normas jurídico-penales, que integran catálogos de la misma naturaleza, sumando las resoluciones que dan los tribunales a un caso concreto, principios rectores generales y doctrina. (30)

Como todo conjunto de normas jurídicas, tiene un sentido ambivalente: Su criterio toma un camino subjetivo en principio y objetivo en segundo término. El mencionado en primer lugar se traduce en una facultad y en una obligación; ordinariamente se piensa que es un poder-deber.

JIMENEZ DE ASUA nos dice: "El primero consiste en una facultad de hacer o no hacer una cosa; el segundo, es ley, regla o norma que nos manda, nos permite o nos prohíbe". (31)

BERNER y BRUSSA expresaron que en el sentido subjetivo, es la ciencia que se encarga de determinar el ejercicio del poder punitivo y sancionador del Estado. (32)

PORTE PETIT considera que en el ángulo subjetivo debe entenderse la como: "La facultad del Estado para determinar los delitos, las penas, las medidas de seguridad y la aplicación de éstas". (33)

Estimo que en el sentido subjetivo, es la facultad exclusiva del Estado, en su carácter de órgano legislativo, para determinar cuáles son las conductas que atacan los valores fundamentales del individuo, de la sociedad y de él mismo, estableciéndolas en un delito-tipo compuesto por precepto y sanción, y prever las reglas que van a regular su aplicación, para lograr que se conserve el statu quo del núcleo.

Se ha pensado que este sentido subjetivo no es tan sólo una facultad, sino también y fundamentalmente, una obligación del Estado. Es decir, que el poder legislativo, a la vez, está facultado y obligado a reglamentar las conductas prohibidas o prescritas en los delitos-tipo, asociándoles una sanción penal.

DEL ROSAL sostiene: "Esta potestad, es en realidad un deber del Estado para que las personas y la vida comunitaria puedan cumplir sus fines propios". (34) CARRANCA Y TRUJILLO explica: "En efecto, más que un derecho del Estado puede hablarse de un deber, que da nacimiento a una obligación". (35)

A mi entender, el carácter subjetivo tiene una posición dualista: En un principio es una facultad establecida en la Constitución Política, posteriormente traducida en una obligación, puesto que el poder legislativo tiene que atender a los postulados constitucionales y cumplir con la función que le ha sido encomendada.

Recuérdese que a toda facultad que le es concedida al individuo, a la sociedad o al Estado por las disposiciones jurídicas, necesariamente le sigue una obligación. Es decir, que siempre que hay un poder, hay también un deber. En las normas jurídicas el deber y el poder son correlativos.

Esta facultad varía en atención a la forma en cómo vaya evolucionando la ética de la especie y sus normas de conducta, ya que a los comportamientos que en un lugar y tiempo determinados se les considera como delictuosos y son sancionados, pueden dejar de tener ese carácter, cuando se considere que con ellos no se lesiona ni peligran los principios rectores del bien común; también puede presentarse la hipótesis contraria.

Tal situación se ha vivido constantemente en México, cuando son redactados los nuevos proyectos de Código Penal, que pretenden substituir al de 1931 que está vigente, a pesar de que todos sabemos que es anticuado y que ha sido criticado severamente por los errores y absurdos que contiene.

(30) Cfr. MEDINA HERNANDEZ. Op. cit.

(31) JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., p. 21.

(32) BERNER y BRUSSA. Citados por JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., pp. 20/1.

(33) PORTE PETIT. Op. cit. pp., 19/20.

(34) DEL ROSAL. Principios de Derecho Penal Español. Tomo I. p. 74. Valladolid, 1943.

(35) CARRANCA y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano. Tomo I. p. 19. Antigua Librería Robredo. México. 1945/6.

Por ejemplo, cuando en el INACIPE fue elaborado el Proyecto de Código Penal que dio origen a las reformas que fueron puestas en vigor en 1984, se pugnaba por la desaparición del aborto y por regular la inseminación artificial indebida y fueron suprimidas las injurias.

Bien sea para tipificar o para quitarle el carácter delictuoso a una conducta, el legislador deberá atender a las necesidades del núcleo social, puesto que son ellas las que le dan matiz de legitimidad a las normas jurídicas. La legitimación origina la legalidad.

En sentido objetivo, la legislación penal es aquel conjunto de normas jurídicas, de orden público, al que me he venido refiriendo reiteradamente y que forma parte del total ordenamiento o sistema jurídico positivo. La codificación mexicana y el estudio científico que puedan hacerse de ella, componen a la ciencia jurídico-penal.

Su alcance objetivo dependerá ciento por ciento del subjetivo, dado que el conjunto de normas jurídicas que esté en vigor y tenga el carácter de ley, siempre deberá ser integrado por el poder legislativo. Es el Estado el que va a decidir qué conductas deben ser incluidas en el catálogo de los delitos.

A su vez, el llamado *ius punendi* (derecho de penar) va a encontrar sus límites justos en las normas que han sido aprobadas en el proceso legislativo por las cámaras de Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, reafirmando el principio de legalidad que impera en materia penal.

La fórmula *nullum crimen nulla poena sine lege scripta et stricta* (no hay delito ni pena sin ley escrita y estricta), es la base de nuestro sistema jurídico-penal, que pugna por darle un matiz de estado de derecho a nuestra sociedad, propiciando la seguridad jurídica de sus miembros.

Además, se ha dicho que la legislación penal tiene un carácter preferentemente sancionador y excepcionalmente constitutivo, en virtud de que su fin último lo es el de establecer solamente las sanciones aplicables a las conductas que ya se encuentran reguladas en otros ordenamientos legales.

JIMENEZ DE ASUA apuntó: "Al ocuparnos de la antijuridicidad, como característica general del delito, veremos que no existe un injusto penal, otro civil, otro administrativo, etc., sino que lo ilícito es común a todo derecho. Por otra parte, se verá que el delincuente no vulnera la ley, sino lo que quebranta es la norma. Con estos dos elementos de juicio hay bastante para decidir la índole sancionadora y no constitutiva de nuestra disciplina". (36)

Ninguna de las dos afirmaciones que hace este autor logran explicar el por qué ha de considerarse que nuestra materia tenga un carácter sancionador y no preferentemente constitutivo. Nada tienen que ver la naturaleza de la antijuridicidad ni el quebrantamiento de la norma (que más bien, es del deber que de ella emana).

En mi concepto, el pensamiento de JIMENEZ DE ASUA resulta falso; quíerase o no, la legislación penal tiene el carácter de ser excepcionalmente sancionadora y preferentemente constitutiva y esto no se encuentra ligado a la antijuridicidad. Voy a explicar el por qué.

Vamos a ver que es muy cierto que la materia penal sanciona conductas ya descritas en otros ordenamientos. Estas reciben el nombre de normas penales especiales y prevén ciertos tipos de delitos que no están regulados en el código ordinario. Aunque también huelga decir que la ley penal objetiva vigente contiene innumerables disposiciones, que no existen en algún otro catálogo de normatividad.

Los ejemplos pueden ser múltiples; a mí se me ocurre mencionar el delito-tipo de homicidio, porque no hay algún otro orden legal que prohíba o sancione la privación de la vida o, también, la violación sexual, el estupro, el fraude, la administración fraudulenta, etc.

Podemos observar que los tipos de delito y la punibilidad o pena son elementos exclusivos de la norma penal; en las normas de otras áreas jurídicas reciben el nombre de precepto y sanción. Aun cuando la conducta que recoge el código penal se encuentre regulada en otro ordenamiento, en el área punitiva adquiere un matiz diferente.

Tiene que aceptarse que si la ley penal protege intereses jurídicos que ya encontramos bajo la tutela de otros órdenes legales, lo hace de una manera diferente: Es la única que puede imponer sanciones penales (penas y medidas) y ejercitar con ello el *ius puniendi* o derecho de penar.

Nada más en este campo hallamos la facultad coactiva del Estado, para establecer en sus normas penas o medidas de tratamiento especializado. Por regla, las normas penales especiales remiten al Código Penal para determinar la sanción aplicable a cada uno de esos casos concretos y reglamentarlos, equiparándolos a un delito-tipo.

Y no sólo eso, sino que irremediablemente tendremos que recurrir al cúmulo de principios legales y doctrinales de naturaleza punitiva, para integrar los delitos que están regulados en cualesquiera otra de las legislaciones, aplicando la teoría general del delito a cada tipo en particular.

PORTÉ PETIT recuerda: "En verdad el Derecho Penal es preferentemente constitutivo o autónomo a virtud de que protege innumerables bienes jurídicos que no tutelan otras ramas del Derecho, protegiendo en casos determinados bienes jurídicos a la vez tutelados por el Derecho Civil u otro ordenamiento, dando lugar, a que pueda sostenerse que el Derecho Penal es por regla constitutivo y por excepción sancionador; pero aún aceptando que en algunos casos proteja los mismos bienes que los de otras ramas del Derecho, lo hace desde un aspecto diferente a aquéllos". (37)

ROKIN es de la opinión de que en materia penal debe imperar el principio de la subsidiariedad; toda vez que el Derecho Penal será el último recurso que intente el Estado, para proteger los bienes jurídicos y conservar la paz social.

BALMANN explica: "En el ámbito de la totalidad del Derecho corresponde al derecho penal la especial misión de proteger con singular energía esferas particularmente importantes en el aspecto social (no, indefectiblemente, los valores morales más elevados). No siempre basta la protección otorgada por otros ámbitos jurídicos". (38)

Voy a tomar como base estas descolantes opiniones. Las expresiones fundamentales del derecho se transforman en bienes jurídicos, cuando son acogidas por un sistema legal. Todas son equivalentes, no hay una que sea más valiosa que otra (para lo jurídico) y solamente se protege su manifestación en diferentes ámbitos y de manera diversa.

La tutela penal a los bienes jurídicos es muy distinta a la que puede dársele en otras áreas. Por ejemplo, el derecho a la compra-venta o de mercar lo regula el Código de Comercio y para evitar su ejercicio ilícito, el Código Penal tipifica el delito de fraude, imponiendo una pena que debe serle aplicada a su autor.

Es muy cierto que no puede haber bienes jurídicos que sean diversos para cada uno de los ámbitos de lo jurídico. Los bienes son iguales y lo que resulta distinto es la manera en que trata de brindárseles una protección. En todas las demás ramas jurídicas hay sanciones; empero, solamente en la penal adquieren el rango de penas.

(4) LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL.

Ahora voy a explicar aquello que en la doctrina se conoce con el nombre de ciencia del derecho penal. La dogmática jurídico-penal es la parte de nuestra disciplina que tiene por objeto de estudio a las normas que están contenidas en los códigos penales, desentrañando su íntima esencia.

(37) PORTÉ PETIT. Op. cit., p. 26

(38) BALMANN. Derecho Penal. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1973. pp.

Según ANTOISEI, esta ciencia analiza el conjunto de normas catalogadas. (39) MAGGIORE estima que el Derecho Penal y la ciencia del Derecho Penal se identifican y que ésta es la rama del conocimiento que está compuesta por un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual. (40)

RODRIGUEZ MANZANERA propone lo siguiente: "Debemos considerar a la Ciencia del Derecho Penal como el estudio de las normas penales, de aquellas que nos dicen qué conductas son punibles, cuál es la pena que a estas conductas corresponde y en qué casos se ve disminuida, etc." (41)

SAINZ CANTERO es de opinión que la ciencia del Derecho Penal es la disciplina que tiene como objeto de estudio al ordenamiento punitivo vigente. Nos aclara que conocer y entender al conjunto de normas positivo, no significa solamente conocerlo y comprenderlo, sino elaborarlo y hacerlo sistema. (42)

Ha expresado RODRIGUEZ DEVESA: "La ciencia del Derecho Penal tiene como objeto de estudio al Derecho Penal, el cual puede considerarse: (A) como conjunto de normas (Derecho Penal objetivo, *ius poenale*); (B) como facultad (Derecho Penal subjetivo, *ius punendi*)". (43)

CAVALLO piensa que esta disciplina, además de que se dedica a estudiar la realidad jurídico-penal, atiende a la construcción, elaboración y sistematización de aquellos conceptos que pueden ser deducidos de cada una de las normas que integran los catálogos punitivos vigentes. (44)

Para PAVON VASCONCELOS: "La Ciencia del Derecho Penal es el conjunto sistemático de conocimiento extraídos del ordenamiento jurídico positivo, referentes al delito, al delincuente y a las penas y medidas de seguridad. Por lo tanto, su objeto lo constituye el Derecho Penal y de ahí también que se le designe con el nombre de Dogmática jurídico-penal". (45)

En fin, PORTE PETIT asienta: "La ciencia del Derecho Penal es el estudio de las normas jurídico-penales, o sea la dogmática jurídico-penal". (46) Esto es, que el estudio científico de las normas contenidas en la legislación penal, conforma a la rama que es considerada como dogmática. (47)

Uniendo el parecer de estos dos últimos jurisconsultos, podemos decir que la materia que analizamos es una parte de la ciencia jurídica que estudia las normas contenidas en el Código Penal, adecuando los principios de la parte general a los delitos en particular, añadiendo crítica y proponiendo reformas.

Ahora nos falta esclarecer qué es lo que se entiende por dogmática. Sin más, baste decir que es la ciencia de los dogmas. Pues bien, éstos son verdades indiscutibles que están contenidas en las normas, las cuales deben ser interpretadas en su sentido teleológico o sea buscando su voluntad.

Estas afirmaciones son principios firmes y conforman los pilares que edifican nuestra ciencia. A los dogmas se les debe entender como las disposiciones normativas que regulan el deber ser y para comprenderlos es necesario rebuscar en ellos, a fin de encontrar su telos; este es el fin de la dogmática. (48)

(39) ANTOISEI. Op. cit., p. 13.

(40) MAGGIORE. Derecho Penal. p. 3. Editorial Temis. Bogotá. 1934.

(41) RODRIGUEZ MANZANERA. Criminología. p. 87. Editorial Porrúa, S.A. México. 1978.

(42) SAINZ CANTERO. Citado por RODRIGUEZ MANZANERA. Op. cit., p. 87.

(43) RODRIGUEZ DEVESA. Derecho Penal Español. Parte General. p. 7. Madrid. 1976.

(44) CAVALLLO. Diritto Penale. Tomo I. p. 37. Napoli. 1948.

(45) PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. p. 27. Editorial Porrúa. S.A., México. 1974.

(46) PORTE PETIT. Op. cit., p. 30.

(47) Las normas que contiene el ordenamiento penal vigente han sido elevadas al rango de dogmas, aunque no contengan verdades indiscutibles.

(48) Cfr. PORTE PETIT. Op. cit., p. 30.

La nuestra es una ciencia de dogmas y a éstos sólo puede obtenerse los de la ley, que se presupone compuesta de un cúmulo de verdades indiscutibles; por lo tanto, a esta disciplina le toca analizar y criticar las normas penales positivas, tratando de encontrar su voluntad. (49)

JIMENEZ DE ASUA entiende que la dogmática jurídico-penal tiene como meta la de hacer la reconstrucción del derecho codificado vigente, tomando como base en esta importante tarea los principios que rigen a la ciencia penal. (50) Esto es, propicia la interacción entre la dogmática y la doctrina.

GRISPIGNI es del parecer que la dogmática es la ciencia del Derecho Penal en un sentido estricto y que tiene por cometido estudiar el contenido de las disposiciones que, en el ordenamiento jurídico positivo en general, constituyen el Derecho Penal. (51) Pensamiento que se presta a confusiones.

FORTE PETIT precisa así el concepto: "En la realidad, la dogmática jurídico-penal es la disciplina que estudia el contenido de las normas jurídico-penales para extraer su voluntad, con base en la interpretación, construcción y sistematización". (52) Además, alude a un método de estudio.

JESCHECK apunta: "El núcleo de la Ciencia del Derecho Penal es la dogmática jurídico-penal (teoría del Derecho Penal), que, partiendo de la Ley penal que constituye su fundamento y su límite, elabora el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas; ordena el material jurídico en un sistema en el que también tienen cabida las sentencias de los tribunales y las opiniones de la ciencia o intenta hallar nuevos caminos de elaboración conceptual y de sistematización". (53)

La dogmática jurídico-penal tiene un objeto y un método de estudio perfectamente delimitados, y a la vez se auxilia con otras disciplinas para completar su análisis. Primordialmente se vale de los principios de la doctrina penal que, en última instancia, ha sido elaborada sobre sus bases.

Toca a las normas jurídico-penales ocupar el lugar del objeto de estudio de la dogmática. Por tratar con normas la nuestra es una disciplina normativa, que inquiero en el mundo del deber ser. Su método de estudio es, sin lugar a dudas, el jurídico, al cual podemos descomponer en tres momentos: Interpretación, construcción y sistematización. (54)

Asimismo, el método de estudio utiliza para sus efectos los siguientes pasos: El análisis, la síntesis, la inducción y la deducción. Además, debemos reconocer que en su camino el dogmático se auxilia con diversas ciencias, a fin de llegar al conocimiento exhaustivo de su objeto.

Entre todas las ciencias existe esa ayuda interdisciplinaria y en la jurídica resulta muy evidente. FORTE PETIT así lo expresa: "El dogmático debe servirse en su labor de otras ciencias y disciplinas auxiliares, para conocer plenamente el fenómeno de referencia". (55)

(5) LAS CIENCIAS PENALES.

En este apartado están comprendidas todas aquellas disciplinas que tengan por objeto de estudio a la ley penal, al delito, al delincuente y a las sanciones penales, sea cual fuere el ángulo desde donde miren cada uno de estos temas.

A este conjunto de ciencias se suele denominarlo así: Enciclopedia de las ciencias penales, enciclopedia penal, de la criminalidad, cuadro de las disciplinas criminológicas, ciencia de la criminalidad, criminología, ciencia del derecho penal o ciencia penal general.

(49) Cfr. MEDINA HERNANDEZ. Op. cit. Capítulo Tercero. El Arte Jurídico. pp. 55 y ss.

(50) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. p. 81. Editorial Losada, S.A.

(51) GRISPIGNI. Diritto Penale Italiano. Tomo I. p. 5. Milano. 1947.

(52) FORTE PETIT. Op. cit., pp. 30/1.

(53) JESCHECK. Op. cit., p. 58.

(54) INERA. Sección Preliminar. Inciso (b). Número 10. Su Método de Estudio; también MEDINA HERNANDEZ. Op. cit.

(55) FORTE PETIT. Op. cit., p. 35.

PAVON VASCONCELOS expone: "Con el nombre de ciencias penales se comprende a un conjunto de disciplinas científicas, tanto de naturaleza jurídica como causal explicativa, que hacen de su objeto de estudio al delito, al delincuente y a las penas y medidas de seguridad". (56)

CUELLO CALON nos explica: "Son el conjunto sistematizado de conocimientos relativos al delito, al delincuente, a la delincuencia, a la pena y a los demás medios de defensa social contra la criminalidad". (57) Es decir, engloba todo lo relacionado con el fenómeno delincencial.

FORTE PETIT considera que por ciencias penales se entiende: "El conjunto de disciplinas o ciencias referentes al delito, al delincuente y a las penas y medidas de seguridad". (58) Concluye que su estudio lo hacen desde un plano filosófico, jurídico o causal-explicativo. (59)

A mi entender las ciencias penales son las disciplinas jurídicas, históricas, filosóficas y causal-explicativas que se conjugan en el estudio de la legislación penal, del delito, de la responsabilidad y de las sanciones penales y de todo lo inherente al fenómeno de la delincuencia.

Comprenden el análisis desde tres planos: teórico, práctico y normativo (integral) y los ámbitos nacional e internacional. Se avocan a los temas de la punición, la prevención y el combate a la delincuencia, urgiendo en los mundos del ser y del deber ser. Tratan de conocer en toda su amplitud el fenómeno de referencia.

El mundo de las ciencias penales es muy amplio y quizás el esquema que de ellas se brinde pueda llegar a mejorarse, al aparecer otras disciplinas que tengan el mismo objeto de estudio. Expongo el siguiente cuadro de las ciencias penales:

C I E N C I A S J U R I D I C A S :
<ol style="list-style-type: none">1. CIENCIA JURIDICO-PENAL (estudio integral: Teórico, práctico y normativo).2. DOGMATICA JURIDICO-PENAL (estudio exclusivamente normativo).3. CIENCIA JURIDICO-PENAL COMPARADA (ámbito internacional).4. CIENCIA JURIDICA PROCESAL-PENAL (práctica forense).5. HERMENEUTICA JURIDICO-PENAL (aplicación).6. HISTORIA JURIDICO-PENAL.7. FILOSOFIA JURIDICO-PENAL.
C I E N C I A S C A U S A L E S - E X P L I C A T I V A S :
<ol style="list-style-type: none">A. CRIMINOLOGIA (estudio de las conductas antisociales y de sus autores).B. CRIMINALISTICA (estudio del material sensible significativo)C. PENOLOGIA (estudio de las penas y medidas de tratamiento especializado).D. MEDICINA FORENSE.E. CIENCIA JURDICA PENITENCIARIA (estudio de todos los aspectos de la pena privativa de libertad corporal).
C I E N C I A S A U X I L I A R E S :
<ol style="list-style-type: none">a. POLICIA CIENTIFICA O POLICIOLOGIA.b. AREAS DEL PERITAJE.c. TRABAJO SOCIAL PENAL.d. ESTADISTICA PENAL.e. POLITICA PENAL.

(56) PAVON VASCONCELOS. Op. cit., p. 24.

(57) CUELLO CALON. Derecho Penal. Tomo I. p. 16. 1953.

(58) FORTE PETIT. Op. cit., p. 32.

(59) IDEM.

(6) LAS CIENCIAS AUXILIARES.

Son aquellas que forman el conjunto de disciplinas que tienen por cometido ayudar a la ciencia jurídico-penal a la resolución de las cuestiones teóricas, prácticas y normativas que le sean planteadas. Allanan el camino de nuestra materia, para llegar al conocimiento profundo de su objeto de estudio.

Hay que entender que el hecho de que digamos que este grupo de ciencias es auxiliar de la nuestra, no significa que entre ambas exista una relación de subordinación o que a estas disciplinas se las menoscabe. En el mundo de la cientificidad ninguna materia es más o menos que las otras.

Cada una de las integrantes de este cúmulo de ciencias auxiliares tiene su sitio e importancia debidos; por lo tanto, resulta ilógica y fuera de lugar la opinión que sostiene que el término que utilizamos para designarlas es peyorativo. Se las llama auxiliares, solamente por la ayuda que nos brindan.

Es lógico suponer que a los tratadistas penales nos resulte que las ciencias jurídicas tengan mayor importancia que todas las demás y que por ello llamemos auxiliares a todas las demás disciplinas que tengan incidencia en este ámbito, aunque no por eso dejamos de reconocer su importancia y de agradecer sus aportaciones.

En mi opinión, se comprende dentro de las ciencias auxiliares a las siguientes materias: Policía científica o policilogía, diversas áreas de peritaje, trabajo social penal, estadística penal y política penal; ello sin dejar de reconocer que en un momento dado, el campo pueda ampliarse.

Desde luego la enumeración nunca podrá ser restrictiva, porque puede quedar incluida cualquiera otra disciplina que pueda servirnos de apoyo en nuestra tarea de punición, prevención y combate a la delincuencia, bien sea en el mundo jurídico (deber ser) o en el de los hechos (Ser).

El auxilio que nos brindan estas ciencias se hace más patente en la práctica en los foros, sobre todo en la investigación del delito y de la responsabilidad o averiguación previa, aunque también inciden en la teoría y en la tarea legislativa. Esto se vislumbra bien en las áreas del peritaje y en la estadística y política penales.

Hay que hacer resaltar la importancia de agregarles a su terminología el calificativo penal y no el de criminal, porque el concepto de crimen es muy impreciso y restringido y por ello es mejor asociarlas a las penas que, aunque sean un vocablo muy controvertido, es el que está vigente.

(7) LAS TEORÍAS GENERALES.

En fin, a las teorías generales las concebimos como: Aquellos componentes de la parte general de la ciencia jurídico-penal, que se encargan del estudio globalizador de la ley penal, del delito, de la responsabilidad y de las sanciones penales, recordando que existe una teoría general para cada tema.

Las teorías generales vienen a ser un momento en la sistemática de la ciencia jurídico-penal, la legislación y la dogmática. Estos apartados no persiguen más fin que el de esclarecer el camino a los juristas y los jurisperitos, en la teoría y en la práctica, para que puedan conocer con amplitud el fenómeno referido. (60)

Esencialmente, las teorías generales deben contener los principios fundamentales que están referidos a su temática. El término general, es utilizado para dar una idea de globalización y no de totalización, como pudiera parecer. Todo el conocimiento acerca de un tema sólo puede quedar comprendido en un tratado.

Lo cierto es que en la materia jurídica no pueden existir tratados, en virtud de que pertenece al ámbito de las ciencias especulativas y sobre ellas es difícil que pueda decirse la última palabra. Lo que conocemos como "tratados", obedece a la presunción de sus autores de afirmar que lo saben todo, aunque en realidad no tratan ni de lo indispensable.

(B) LA CIENCIA JURIDICO-PENAL.

Ahora voy a tratar a la ciencia jurídico-penal como parte integrante del tronco común ciencia jurídica, que puede ser englobada en la categoría de las materias especulativas, cuya tendencia a la perfección es constante y, por fortuna, las encontramos evolucionando en forma paulatina.

Vamos a dejar de lado la absurda postura que sostiene que lo jurídico no puede adquirir un rango de cientificidad porque, en mi opinión, importa más el valor que le demos las personas que nos dedicamos a su estudio, que el que puedan otorgarle aquellos que solamente quieren menoscabarlo.

Si queremos demostrar que nuestra materia es una de las ciencias, no tenemos más que comprobar que posee un objeto y un método de estudio, que persigue un fin determinado, que tiene características que la hacen distinta a las demás y que está relacionada con otras disciplinas que también son científicas.

Lo más importante es centrarnos en el objetivo de darle una denominación acertada, puesto que se la ha confundido con el derecho que, de ninguna manera, tiene un matiz de cientificidad. La ciencia jurídica es el estudio del derecho y no el derecho en sí. Voy a exponer las posturas pertinentes.

(8) SU DENOMINACION.

La ciencia de la que voy a tratar ha creado un sinfín de confusiones, principalmente por cuanto hace a su denominación. Esto lo han provocado los pseudojuristas, puesto que no se ponen de acuerdo siquiera en conceptuar y definir los aspectos fundamentales de nuestra disciplina. (61)

En general la ciencia jurídica ha sido confundida con el derecho, la norma, los principios rectores fundamentales del derecho, la jurisprudencia, la doctrina y hasta con la justicia. A fin de esclarecer, haré un análisis separado de cada uno de estos conceptos y de sus definiciones.

Como dije (62), el derecho es un concepto subjetivo, intuitivo y natural, que pertenece al mundo de la naturaleza (facticidad o causalidad) y puede ser definido como la posibilidad de realizar determinados actos, tendientes a la consecución de un fin. (63)

En este orden de ideas el derecho persigue una meta al ser ejercitado, la cual consiste en la búsqueda de la justicia natural --que también es otro concepto subjetivo porque cada uno lo va a entender, en la medida en que vea satisfechas sus necesidades--. Lo básico es crear una idea común de ambos conceptos.

Para empezar a buscar una justicia social común a cierto sector humano fueron creadas las normas de la convivencia, las cuales se estipularon para proteger las expresiones que pudiera tener el derecho. Estos parámetros de nomatividad son objetivos, generales, abstractos y permanentes.

Cuando las normas de la convivencia social no fueron suficientes para proteger con eficacia las expresiones del derecho con carácter fundamental y preservar el statu quo del núcleo, surgieron las normas jurídicas que convierten en bienes jurídicos a todas esas manifestaciones.

(61) A este respecto puede consultarse: MEDINA HERNANDEZ. Op. cit. Capítulo primero. Los Conceptos Jurídicos Fundamentales. pp. 3-19.

(62) SUPRA. Sección Preliminar. Inciso (A). Número (1). El Derecho.

(63) Precisamente el fin o la finalidad, son el basamento de la nueva estructura que intento darle a la ciencia jurídico-penal en esta tesis doctoral, como se verá en el transcurso de mi exposición.

Las normas jurídicas también son reglas de convivencia social, que poseen como características distintivas la coacción y la coerción; fueron creadas para proteger las expresiones fundamentales del derecho (bienes jurídicos) y son **generales, abstractas, permanentes y obligatorias**.

Una de las finalidades de las normas jurídicas es la de buscar un concepto del derecho común a cierto sector social y limitar su ejercicio, realizando un anhelo permanente de justicia jurídica y han de lograrlo, a pesar de la voluntad de sus obligados —porque el Estado goza del poder coactivo y coercitivo—.

Si las disposiciones jurídico-normativas son incapaces de resolver el caso concreto de un derecho controvertido, el juzgador debe procurar su resolución echando mano de los **principios rectores fundamentales del derecho** y no dejar desamparado a su titular, puesto que con ello procurará la equidad.

En materia penal no está permitida —si se trata de tipos o puni-bilidades— la situación anterior, en el entendido de que la zona no incriminada sigue siendo jurídicamente lícita o indiferente y no puede aplicarse pena alguna que no esté expresamente indicada en la norma.

Los principios rectores fundamentales del derecho son concretos y **permanentes**; además, su aplicación es obligatoria (menos en materia penal, en la excepción mencionada), cuando la norma jurídica no resuelve la situación concreta. Son las reglas comunes y efectivas de cada sistema jurídico y la forma más completa de justicia jurídica.

Precisamente es el principio de **legalidad** lo que nos impide, en el ámbito de lo penal, aplicar o integrar por analogía los delitos-tipo y se manifiesta en el trascendente *rullum crimen nulla poena sine lege scripta et stricta* (no hay delito ni pena sin ley escrita y estricta).

Quando la autoridad judicial resuelve sobre un caso concreto de un derecho controvertido está creando **jurisprudencia**, que es una regla jurídica concreta, específica, más o menos permanente y a veces obligatoria. (64) La jurisprudencia es la declaración del derecho y surge al momento de aplicar la normatividad jurídica.

El estudio específico de todo esto da nacimiento a la doctrina, que contiene las teorías generales comunes a una o a todas las disciplinas jurídicas y que son estructuradas por los teóricos al hacer el análisis, la crítica y la creación de los conceptos. Es una parte del contenido de la ciencia jurídica.

La doctrina posee las características de **cientificidad, generalidad, concreción y especulación**. Está conformada por todas las opiniones de los doctos acerca de los entes y fenómenos del mundo de la juridicidad (inmerso en la sociedad). Con sus avances se demuestra que la disciplina está en constante evolución.

En este orden de ideas, el nombre exacto de nuestra materia lo será el de ciencia jurídica, que debe ser completado con el calificativo correspondiente al área que estamos analizando, bien sea penal, civil, mercantil-constitucional, etc. La ciencia jurídica es el tronco común.

La ciencia jurídica general se irá ampliándose en la medida en que su estudio se haga más especializado. Cabe recordar que el área de lo punitivo formó parte del llamado "derecho civil" de antaño y que, por las necesidades sociales, se convirtió en la ciencia autónoma que todos conocemos.

Si intentáramos hacer un tratado de la ciencia jurídica en general, quedaría tan amplio, que sería prácticamente imposible que una persona lo dominara; por ello, es imprescindible que el jurista tome una especialización, para que no se convierta en un "aprendiz de todo y sabedor de nada".

(64) Aquí debemos recordar las características necesarias para que una tesis se convierta en jurisprudencia y para saber cuándo es obligatoria. Cfr. MEDINA HERNANDEZ. Op. cit.

Al haberme inclinado por el ámbito punitivo, me corresponde hacer el análisis de la ciencia jurídico-penal que es la que me ha motivado al crear mi tesis para optar al grado de doctora y que, entre paréntesis, me apasiona.

Recuerdo la definición que doy de la ciencia jurídico-penal: Es el cuerpo de doctrinas metodológicamente ordenado, referido al estudio científico de las teorías generales de la ley penal, del delito, de la responsabilidad y de las sanciones penales, desde los puntos de vista teórico, práctico y normativo.

(9) SU OBJETO DE ESTUDIO.

Todas las ciencias deben tener un objeto de estudio propio; entiéndase que no he dicho exclusivo. Encontramos que puede haber disciplinas que se dediquen al mismo objeto, lo cual evidentemente no se contraponen a su esencia, aun cuando el análisis trate sobre lo mismo, ya que será hecho desde diferentes aspectos.

Resulta obvio suponer que todas las materias jurídicas tengan por objeto a las normas del sistema, que forman parte del total ordenamiento jurídico positivo. Así la ciencia jurídico-penal estudia, en primera instancia, las normas jurídico-penales. Por ello, podemos decir que nuestra materia es normativa.

PORTE PETIT menciona: "Indudablemente el objeto o contenido del Derecho Penal lo constituyen las normas penales, a su vez compuestas por precepto y sanción". (65) JIMÉNEZ DE ASUA estima que el objeto de estudio de nuestra ciencia lo son las normas jurídico-penales y el bien que tutelan. (66)

Estimo que es suficiente hablar de normas jurídicas como lo hace PORTE PETIT y no ponernos a particularizar, como JIMÉNEZ DE ASUA, porque tendríamos que hablar del bien jurídico, del sujeto activo, del ofendido y en fin, de cada uno de los elementos típicos.

Creo que el objeto de estudio de nuestra ciencia puede ser bifurcado; por un lado tendríamos el aspecto material y por el otro al ángulo formal; tal y como lo hace, por ejemplo, la medicina. El objeto de estudio material de la ciencia jurídico-penal lo es el Derecho, y en la medicina lo será la salud.

Las normas jurídicas serán el objeto de estudio formal de la materia jurídica, aunado a los principios rectores fundamentales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina, que son todas las formas con las que se busca la tutela efectiva de las expresiones fundamentales del derecho.

Principalmente se hace el estudio dogmático de las normas contenidas en los ordenamientos penales y de las normas penales especiales. Cada una de ellas tendrá sus propios elementos constitutivos que, a la vez, se convierten en objeto de análisis de la ciencia jurídico-penal.

Las normas que integran el ordenamiento penal positivo pueden ser descriptivas, justificativas, prescriptivas, prohibitivas o sancionadoras. Explicaré en forma sobera sus características y a mayor abundamiento, cuando analice las teorías generales de la ley penal y del elemento regulador o tipicidad. (67)

Las descriptivas están en la parte general de los códigos penales y su función es la de asentar los principios básicos aplicables a todas las normas de la parte especial que tipifiquen delitos y a las normas penales especiales (delitos-tipo). No tienen precepto y sanción, como se ha dicho.

No prescriben ni prohíben conductas y sólo en casos excepcionales marcan situaciones aplicables a todos los delitos-tipo, ante determinadas situaciones, como la tentativa y el concurso, por ejemplo. Cumplen con el cometido de dar las definiciones de los conceptos fundamentales.

(65) PORTE PETIT. Op. cit., p. 17.

(66) JIMÉNEZ DE ASUA. Op. cit., p. 20.

(67) INFRA. Sección Primera. Inciso (C). Número (55). Las Clases de Normas Penales. Sección Segunda. Capítulo Segundo. Inciso (C). Número (125). Las Clases de Tipos.

Las normas descriptivas son la base para la aplicación práctica de los principios generales de la doctrina y la legislación. En más o menos artículos nos hablan de la ley penal, del delito, de la responsabilidad y de las sanciones penales.

Un ejemplo claro de estas normas lo tenemos en el artículo 8º del CPF, que nos indica la clasificación del delito de acuerdo con la intención (culpabilidad para ellos), que son: El dolo, la culpa y la preterintencionalidad. Estas bases son aplicables a cualquier tipo de delito contenido en la parte especial o en una norma penal especial.

Las normas justificativas son una modalidad de las descriptivas. También deben estar incluidas en la parte general. Establecen en sus lineamientos un número determinado de requisitos que debe reunir la conducta para ser justificada y que así pueda ser declarado el aspecto negativo del elemento valorativo o antijuridicidad.

De ordinario, están establecidas en la parte general del ordenamiento --y por un error técnico se las coloca en la parte especial--, rigen para todos los delitos en particular y los específicos de las normas penales especiales. Habrá tantas, como las legislaciones quieran reconocer. Por lo regular son siete. (68)

Como ejemplo ideal se cita la fracción V del artículo 15º del CPF, que habla del ejercicio de un derecho y del cumplimiento de un deber. Son casos especiales que se fundamentan en la situación de que la tutela jurídica que el individuo necesita, el Estado no puede brindársela de inmediato y le permite actuar en esa forma.

Las disposiciones que son enumeradas en la parte especial de las legislaciones penales o en las normas penales especiales, en estricto lenguaje técnico-jurídico, deben llamarse delitos-tipo y pueden ser de tres clases: Prescriptivas, prohibitivas y sancionadoras. Eso nos demuestra que no toda norma está formada por precepto y sanción.

Las prescriptivas preceptúan cuál es el comportamiento que el individuo debe realizar. Dejan entrever un deber jurídico de obrar conforme a lo que manda la norma. Su voluntad debe ser captada al momento de hacer su interpretación teleológica, descubriendo el fin para el que fueron creadas.

El ejemplo lo encontramos en el artículo 340º del CPF, que describe el delito-tipo de omisión de auxilio, que manda prestar ayuda a las personas abandonadas, incapaces o que se encuentren ante un peligro inminente, y sanciona la inobservancia de ese deber jurídico de obrar.

En las normas prohibitivas se preceptúa la conducta que el hombre debe abstenerse de realizar, para que su comportamiento sea jurídicamente válido. De ellas deriva un deber jurídico de no obrar. Aun cuando no contengan en forma expresa el deber o la prohibición, esto será obtenido de su interpretación teleológica.

Como ejemplo tenemos al artículo 302º del CPF, que contiene la descripción normativa del delito-tipo de homicidio, expresando que consiste en la privación de la vida; por lo tanto, de ella emana --en primera instancia--, un deber jurídico de abstenerse de producir ese resultado.

Habrá ocasiones en que la misma norma delictiva (prohibitiva o prescriptiva) nos marque la punibilidad --abstracción de la sanción-- aplicable; en otras no será así, porque se encuentra contenida en una norma diversa a la que detalla la conducta a observar, para evitar el reproche. (69)

Si en el mismo delito-tipo se halla regulada la sanción a imponer, entonces sí podemos decir que la norma penal está compuesta por precepto y sanción. El tipo --precepto-- detalla la conducta delictiva y la sanción --punibilidad--, la pena que debe aplicarse a quien la cometa.

(68) Son: Legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, impedimento legítimo, obediencia jerárquica y consentimiento del ofendido.

(69) A manera de ejemplo, se cita a los artículos 340 y 302 del CPF (delitos-tipo de omisión de auxilio y de homicidio, respectivamente).

Desde otra perspectiva podría decirse que los delitos-tipo contienen, además, una enumeración determinada de requisitos (elementos típicos) que, asimismo, son el objeto de estudio de nuestra ciencia, porque se encuentran enmarcados en las normas que les son propias. (70)

El contenido del tipo depende de la protección que quiera brindársele al bien jurídico que se encuentra tutelado en el marco de explicitación normativa; bien puede darse una regla justa para este caso: A menores requisitos, mayor protección para ese bien jurídico y a la inversa.

(10) SU MÉTODO DE ESTUDIO.

La primera cuestión a resolver es la siguiente: ¿Qué es lo que se entiende por método? El significado etimológico del vocablo es el siguiente: Camino. Alude al rumbo que debemos seguir para descubrir la verdad. Deriva del término griego *meta-hodos*. Es una serie ordenada de pasos. (71)

JIMÉNEZ DE ASUA explica: "Método es la serie ordenada de los medios con los que el hombre busca la verdad y tiene que ser adaptado a la ciencia que se investiga". (72) RODRIGUEZ MANZANERA opina: "Método es el medio de que se vale o el camino que sigue una ciencia, para adquirir el conocimiento de su objeto". (73)

OVILLA MANDUJANO expresa: "Los métodos son medios arbitrarios para alcanzar ciertos fines. ¿Cuáles fines? 1. Incrementar nuestros conocimientos (objetivo, intrínseco o cognoscitivo) 2. Aumentar nuestro bienestar o nuestro poder (en sentido derivado, objetivo, extrínseco o utilitario)". (74)

Según mi criterio, al hablar de método tenemos que referirlo a los siguientes aspectos: A. Creación de los conceptos jurídicos fundamentales. B. Estudio de la ciencia jurídica. C. Aplicación (interpretación e integración) de los conceptos jurídicos. D. Enseñanza de la ciencia jurídica.

En la creación de los conceptos jurídicos fundamentales (normas), el método está marcado por el proceso legislativo que es seguido en el Congreso de la Unión, cuyos pasos son: Proyecto, iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e iniciativa de vigencia. (75)

El método de aplicación de los conceptos jurídicos fundamentales ha sido identificado con la llamada *hermenéutica* jurídica (conocimiento e interpretación de la cultura jurídica y ordinaria), que atiende a una ética, a una lógica y analogía jurídicas, entre otras disciplinas, y a los principios generales de cultura. (76)

Para la enseñanza de la ciencia jurídica considero que no hay un método específico, porque la pedagogía no da "receta de cocina" sino que, cada "enseñador", deberá utilizar aquél que le reporte mayores y mejores resultados, atendiendo a las características esenciales de su grupo de alumnos. (77)

Creo que para el estudio de la ciencia jurídica se ha usado el método jurídico al cual, a fin de evitar aquellas tautologías inútiles de las definiciones, debe descomponérselo en tres momentos: Interpretación o inventiva, construcción o sistematización y exposición o aportación.

(70) INFRA. Sección Tercera. Capítulo Segundo. Número (127). *Los Elementos del delito-tipo*.

(71) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit.

(72) JIMÉNEZ DE ASUA. Op. cit., p. 28.

(73) RODRIGUEZ MANZANERA. Op. cit., p. 15

(74) OVILLA MANDUJANO. *Teoría del Derecho*. p. 58. México, 1978.

(75) Cfr. MEDINA HERNANDEZ. Op. cit., pp. 36 y ss.

(76) Cfr. MEDINA HERNANDEZ. Op. cit., pp. 47 y ss.

(77) Disculpéme si utilicé el término "enseñador"; está justificado, porque quienes "enseñan" la ciencia jurídica pocas veces son maestros o doctores. En la mayor parte de los casos habilitan a cualquiera como simple "enseñador", aunque no "enseñe".

Así como dije que la ciencia se caracteriza por tener un objeto y método de estudio propios, la ciencia jurídico-penal ha de poseer el método jurídico. Parece ser que fue BRUGGI quien habló por vez primera de él, en el año de 1890, a pesar de que RADERUCCI le atribuye a OTTO MAYER la gloria de haberlo creado. (78)

JIMENEZ DE ASUA propugna que para este estudio sea adoptado el método teleológico, que averigua todos los pormenores que emanan de la ley; es inventivo, ordenador y constructivo, además de expositivo. Se vale del análisis, la síntesis, la inducción y la deducción. (79)

FORTE PETIT explica: "El método que se siga en relación con las diversas ramas del Derecho, debe ser el mismo en razón de la propia naturaleza de dichas materias jurídicas, y es indudablemente el método jurídico, que consiste en la "serie ordenada de los métodos por los cuales se llega al conocimiento profundo del contenido de las normas jurídicas", considerando que los momentos del método jurídico son la interpretación, la construcción y la sistematización". (80)

Si unimos los pensamientos de FORTE PETIT y JIMENEZ DE ASUA, podremos completar una idea: Uno de los momentos en que se descompone el método jurídico lo es la interpretación y para realizarla, según los autores, debemos recurrir a un procedimiento teleológico, para descubrir la verdad.

Entonces, el método jurídico se complementa con el teleológico. No podemos olvidar que el llamado método jurídico llena los cuatro momentos básicos de toda investigación científica: Análisis, síntesis, inducción y deducción, y que con ellos se intenta encontrar el telos o fin de las disposiciones jurídicas.

La experimentación puede ser utilizada en las investigaciones jurídicas, mas con muchas reservas porque no hay que perder de vista que básicamente nuestra ciencia es humanística y que el hombre posee una serie de derechos individuales garantizados en el orden jurídico, que no deben serle conculcados ni con un pretexto científico.

Podría experimentarse con las instituciones, aunque con los tratamientos hay que tener muchísimo cuidado y además, en todos los casos, debe contarse con la autorización de los sujetos implicados o con la de sus legítimos representantes, para poder someterlos a ellos.

El verdadero método de estudio de la ciencia jurídico-penal está relacionado con el mismo tropo común de que ella proceda, y debe ser bautizado atendiendo al calificativo mismo de la disciplina. Entonces, la denominación de método jurídico se justifica y es legítima.

En la doctrina mexicana, copiando a los italianos, ha llegado a sostenerse por ISLAS y RAMIREZ que para que lo jurídico-penal sea considerado como una verdadera ciencia, debe adoptarse el método lógico; no en el sentido de la lógica formal aristotélica, sino desde el punto de vista de la lógica matemática. (81)

Aparte de las críticas de fondo y de forma que pudiera hacerse a esta pseudo teoría, debo decir que no me resulta lógico adoptar un método de las ciencias exactas, para el estudio de una disciplina especulativa. El uso del método lógico-matemático para lo jurídico, me resulta de lo más ilógico.

Esta clase de método sólo debe aplicársela a las ciencias naturales, puesto que su esencia se traduce en que sus principios siempre tienen que cumplirse con exactitud y en lo jurídico, y más aún en lo jurídico-penal, esta situación podría o no darse, porque los casos son semejantes aunque nunca iguales.

(78) JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., p. 28.

(79) JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., p. 204.

(80) FORTE PETIT. Op. cit., p. 22.

(81) Cfr. ISLAS y RAMIREZ. La Lógica del Tipo en el Derecho Penal. Prologo. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1970.

En cuestión matemática, siempre que sumemos dos y tres obtendremos cinco —si es que sus principios no mienten— y no hay otra posibilidad. En cambio en lo jurídico-penal, a la suma de la conducta y la tipicidad no siempre la sigue la antijuridicidad, porque podemos estar en presencia de una norma justificativa.

No en todos los casos, la conducta que es típica es también anti-jurídica y culpable; sucede que en el iter puede presentarse una de las hipótesis del aspecto negativo, que anulará al delito en el mundo jurídico o que, existiendo el ente jurídico, no pueda ser probada la responsabilidad del procesado.

Las reacciones humanas son muy diversas, aun en situaciones semejantes; tampoco podríamos decir que a todo ataque injusto corresponde una legítima defensa, porque podría darse la huida. Las circunstancias que matizan cada conducta son muy disímiles entre sí y no pueden ser estandarizadas.

No es lógico suponer que el proceso de enjuiciamiento del delito pueda semejarse a una ecuación o a cualesquiera otra operación matemática, porque en él influyen muchas causas; no siempre que hay delito se aplica una pena, puede ocurrir que el Ministerio Público formule conclusiones acusatorias imprecisas.

Considero que los juristas debemos pugnar por la utilización del método jurídico y valorar justamente el trabajo que realizamos, para llegar a la conclusión de que estamos haciendo ciencia y no ponemos a inventar para adaptar un método desconocido a la esencia de las disciplinas jurídicas.

(11) SUS OBJETIVOS.

Tenemos la pauta para que se pueda hablar de la finalidad de la ciencia jurídico-penal. Principalmente los criminólogos, han creído que la función primordial de nuestra disciplina es la de proteger a la sociedad de los individuos peligrosos y de sus ataques injustos al núcleo.

En alguna ejecutoria de los altos tribunales mexicanos se dijo: "La ley penal, conforme a las nuevas teorías, tiene por objeto defender a la sociedad de seres peligrosos, basándose en la responsabilidad social". (82) Es curioso, porque se demuestra que solamente ha servido para integrar delitos e imponer penas.

Pienso que quienes sostienen esta postura están un poco confundidos y desconocen, además, la esencia de nuestra disciplina. El objetivo inmediato de la ley penal y de la ciencia jurídico-penal, lo es el de avocarse a la protección de los bienes jurídicos fundamentales del individuo, de la sociedad y del Estado.

Si en el momento de lograrlo cumple con proteger a la sociedad de los individuos peligrosos (más bien su statu quo), ésta es una cuestión que debe quedar muy aparte. (83) Otros fines mediatos lo son buscar una mayor manifestación de justicia y de equidad.

FORTE PETIT enseña: "El fin, la misión del Derecho Penal, es la protección de bienes jurídicos, dictando el Estado, al efecto, las normas penales que considere convenientes". (84) En todo caso, digamos que la ciencia jurídico-penal cumple con el objetivo general de tutelar al bien común de la sociedad (esencia de todo lo jurídico).

También cumple con la finalidad específica de la protección de todos los bienes jurídicos fundamentales. No cualquier valor es objeto de esa tutela penal. Siguiendo el principio de la mínima intervención, deben ser derechos fundamentales (esenciales para conservar el statu quo).

(82) ANALES DE JURISPRUDENCIA. Tomo V. p. 399.

(83) En una plática informal con el maestro **FORTE PETIT**, llegamos a esta conclusión.

(84) **FORTE PETIT**. Op. cit., p. 21.

BAUMANN precisa: "En el ámbito de la totalidad del Derecho, corresponde al Derecho Penal la especial misión de proteger con singular energía esferas particularmente importantes de la convivencia social o los intereses más importantes en el aspecto social (no indefectivamente los valores morales más elevados), no siempre basta la protección otorgada por otros ámbitos jurídicos". (85)

La óptima guarda de los valores fundamentales, solamente puede lograrse con un sistema de prevención de carácter general en materia penal: La amenaza de la sanción (coacción) y con una prevención especial penal: La imposición de la sanción a quien transgreda injustamente el deber que emana de la norma (coerción).

JESCHKE explica: "El Derecho Penal asegura la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coacción estatal. También el Derecho Civil y el público prevén el recurso de la coacción, pero la amenaza de coacción y su realización pertenecen al núcleo mismo del Derecho Penal". (86)

Actualmente, el aumento en el índice de los delitos nos demuestra que la ley penal y los principios de la ciencia jurídico-penal han fallado en sus pretensiones de prevenir la delincuencia, a través de la protección a los bienes jurídicos fundamentales del individuo, de la sociedad y del Estado.

Lo cierto es que las necesidades sobrepasan a los efectos de la coactividad y la coercitividad que la amenaza de la imposición de la pena a nadie intimida, que los bienes jurídicos no encuentran esa tutela efectiva. El mito de la readaptación ya no lo creen ni los criminólogos y las instituciones carcelarias se encuentran superpobladas.

No es que de pronto la ciencia jurídico-penal y su legislación hayan cambiado sus objetivos, lo que pasa es que no los están cumpliendo como debieran y se hace necesaria la reestructuración de todos sus principios, para que puedan volver a tomar el rumbo que tenían fijado.

Si la moral del hombre delincuente ha cambiado a tal grado de que desconozca no solamente los valores que sustentan a las legislaciones sino la estructura de la sociedad, lo menos que puede hacer la ciencia jurídico-penal es buscar su rehabilitación social por medio de una política adecuada.

Esta tendencia comprende varios períodos, a saber: La prevención del delito por medio de la educación, la coacción y la coerción; el tratamiento del delincuente a través de un juicio justo y de la exacta aplicación de medidas de tratamiento, que podrán adquirir el carácter tradicional de penas, para los individuos capaces.

Los incapaces o sujetos peligrosos para el núcleo social deben recibir también una terapia, aunque especializada y acorde con su disfunción, con un juicio justo que busque las bases de legitimidad y legalidad necesarias, para que no les sean conculcados los derechos individuales de que gozan.

Todo esto nos llevaría al combate efectivo del delito, que atraería la baja del índice de la delincuencia y acabaría con la ficción penal en la que vivimos. Todas las ciencias penales deben entrar en juego y cumplir con el papel que tienen encomendado, en beneficio del statu quo social que se ha ido perdiendo.

(12) SUS CARACTERISTICAS.

La teoría general nos dice que nuestra disciplina tiene las siguientes características: (87)

- a) Positiva o jurídica.
- b) Pública.
- c) Constitutiva o sancionadora (según los criterios).
- d) Original.
- e) Autónoma.
- f) Normativa.

(85) BAUMANN. Op. cit., p. 7.

(86) JESCHKE. Op. cit., p. 4.

(87) FORTE PEIT. Op. cit., p. 24. Para otra opinión, véase: JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., pp. 19-20.

- g) Valorativa.
- h) Cultural.
- i) Finalista.
- j) Imperativa.
- k) Personal.
- l) Social.
- m) Política.
- n) Aflictiva.

Según mi criterio, en la ciencia que nos ocupa predominan las características que siguen: Jurídica, pública preferentemente constitutiva y excepcionalmente sancionadora, normativa, valorativa y finalista. Podemos agregar las que a los distintos autores les agraden, si están justificadas.

Procedo a explicarme: Es jurídica, en virtud de que procede del tronco común ciencia jurídica y forma parte del sistema legal; pública, porque la observancia y el cumplimiento de las normas penales no concierne a todos y regula el ejercicio del poder preventivo y sancionador del Estado, que es el tutor legítimo de la sociedad.

Preferentemente es constitutiva, ya que protege innumerables bienes que no son tutelados en algún otro orden o se lo hace de una manera diferente a ellos; excepcionalmente sancionadora, toda vez que establece los lineamientos y la punibilidad aplicable a los delitos-tipo contenidos en las normas penales especiales.

Normativa, en el entendido de que su regulación se avoca al mundo del deber ser y a las conductas evalúa comportamientos para decidir si son jurídicamente lícitos, ilícitos o justificables, y finalista porque indaga la finalidad de los comportamientos y su misión es la de proteger los bienes jurídicos fundamentales.

(13) SU TITULAR.

Este tema está íntimamente relacionado con el sentido subjetivo de nuestra disciplina, porque el titular de la facultad de reglamentar los delitos lo es únicamente el Estado quien, en exclusiva, determina qué conductas van a ser consideradas como delictivas y sus consecuencias penales (sanciones)

PORCE PETIT nos lo explica de esta manera: "El titular del Derecho Penal lo es el Estado, en virtud de que es el único que tiene la facultad de determinar los delitos, las penas, las medidas de seguridad y la aplicación de éstas". (88) Desde luego, aquí se refiere al conjunto de normas.

Por ello, el objeto de estudio de la dogmática jurídico-penal es determinado por el Poder Legislativo, toda vez que solamente él decidirá si es necesario descartar la juridicidad de una conducta o brindársela, según las necesidades del sector social en el cual la legislación va a tener vigencia.

Solamente el Estado goza del *ius poenale* y del *ius punendi* y podrá incluir o excluir de los catálogos de la normatividad jurídico-penal las conductas que considere que sobran o faltan en el código o en las normas penales especiales, legitimándolas en la necesidad social.

(14) SUS RELACIONES CON OTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS.

Como el estudio de lo jurídico-penal pertenece al mundo de la cientificidad y éste conforma la cultura, nuestra disciplina se encuentra en relación constante con otras materias, en las cuales se abarca tanto a las demás áreas jurídicas como a las ciencias no jurídicas; esto da lugar a las relaciones interdisciplinarias.

En la época actual no puede decirse que alguna de las ciencias esté alejada de las demás, que no necesite de sus principios, porque ya ha sido demostrado que los postulados de una sirven de base a las demás para resolver las cuestiones problemáticas que se nos presentan cotidianamente.

La relación de lo jurídico con otras ciencias es innegable, porque cada una de ellas ha formado su marco de juridicidad, tomando como base los principios que rigen a nuestra disciplina y más aún, dentro de lo jurídico, cada una de sus materias se nutren constantemente con los parámetros de las demás.

Voy a dar ahora una somera explicación de las relaciones de la ciencia jurídico-penal con las otras disciplinas que emanan del mismo tronco común, que son las que provocan la integración de nuestro sistema legal y que dan lugar a la llamada *hermenéutica jurídica*.

(a) LA CIENCIA JURIDICA GENERAL.

La teoría general de la ciencia jurídica --que es el tronco común--, nos enseña que los principios rectores comunes y básicos para todas las áreas de la juridicidad son parte de su base y explica, además, las nociones fundamentales que han de seguir todos los ordenamientos jurídicos. Su interrelación con nuestra disciplina es innegable.

Se la ha llamado *teoría general del derecho* y GRISPIGNI dice que ésta es la ciencia general y el "Derecho Penal", la particular. (89) La teoría general de la ciencia jurídica es la madre de todas las teorías generales de las demás disciplinas que conforman el mundo jurídico.

La ciencia jurídica general se ocupa de explicar uno a uno y a fondo, los conceptos básicos de todas sus demás ramas como lo son, entre otros, el derecho, los principios rectores generales, la jurisprudencia, la doctrina, el proceso legislativo, la acción, la jurisdicción, la competencia, etc.

Esos principios generales se van especializando y adecuando a las distintas ramas que proceden del tronco común y así, hacen las demás disciplinas, que no se cuentan en un número determinado porque las necesidades de la vida social y los avances científicos hacen necesario el surgimiento de otras materias.

(b) LA CIENCIA JURIDICO-CONSTITUCIONAL.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la codificación esencial, que contiene las bases generales sobre las cuales descansa la construcción de todos los demás ordenamientos jurídicos, que deben estar acordes con las garantías que ella estipula, para no conculcar los derechos humanos.

La ciencia jurídico-constitucional tiene como objeto de estudio a las instituciones y principios que forman parte de la estructura dogmática y orgánica de las constituciones. La idea subjetiva de lo jurídico-penal emana de la CPEUM, que la otorga en forma exclusiva al Estado.

La Constitución ordena que el Estado sea el que se encargue de señalar las conductas delictuosas, sus consecuencias, su aplicación y ejecución, con base en las garantías penales, estableciendo todas las situaciones que deben regir a la relación procesal-penal, garantizando el ejercicio de los derechos individuales.

La materia penal, como la ciencia jurídica general, no solamente está relacionada con la CPEUM y los parámetros de la disciplina constitucional sino que, está subordinada a ellos, tal y como deben estarlo todos los demás órdenes y ciencias jurídicas que integran nuestro sistema.

Entre los artículos constitucionales que tienen relación con nuestra materia, podemos anotar los siguientes, que se hallan incluidos en la parte dogmática (derechos individuales):

- ART. 5º Trabajo penitenciario.
- ART. 6º Manifestación de las ideas como delito.
- ART. 7º Límites de la libertad de imprenta.
- ART. 10º Portación de armas para la defensa y armas prohibidas.
- ART. 13º Igualdad ante la ley penal.
- ART. 14º Irretroactividad de la ley penal, garantía de las sanciones y el proceso.

(89) GRISPIGNI. Op. cit., p. 35.

- ART. 19º Requisitos del auto de formal prisión, delimitación de la materia del proceso, prohibición de abusos contra detenidos, procesados y sentenciados.
- ART. 20º Garantías del acusado en el proceso penal.
- ART. 21º Funciones de la autoridad judicial, del Ministerio Público y de la Policía Judicial.
- ART. 22º Prohibición en materia de sanciones, responsabilidad civil proveniente de delito y pena de muerte.
- ART. 23º Garantía de no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, limitación y prohibición de absolver a instancia.
- ART. 28º Bases de los delitos contra la economía.

(c) LA CIENCIA JURIDICO-PROCESAL.

Esta es la ciencia que se encarga de hacer el estudio de los parámetros generales para incoar y finalizar el procedimiento en cualesquiera de las áreas jurídicas. Regula y analiza cada uno de los pasos de una relación jurídico-procesal, pormenorizando las distintas situaciones que en ellas puedan presentarse.

La ciencia jurídico-procesal marca los principios básicos de la actividad en los foros y la manera de materializar los postulados jurídicos, de todo aquello que en las demás ciencias jurídicas es el objeto de estudio. Debemos decir que solamente en la relación procesal puede comprobarse si sus objetivos se están cumpliendo.

Todo el desarrollo del estudio científico de lo jurídico no tendría razón de ser, si no pudiésemos probar su eficacia en el ámbito de la actividad forense. Por ello, la ciencia jurídico-procesal adquiere una enorme importancia dentro del quehacer científico de los juristas y los jurisperitos.

La legislación penal sustantiva no tendría sentido alguno si no fuera por la ley que la adjetiva, que se ocupa de regular todo lo relacionado con la actividad forense. Por esto, es necesario recalcar que las relaciones de nuestra materia con la ciencia jurídico-procesal son indisolubles.

(d) LA CIENCIA JURIDICO-PROCESAL PENAL.

Es una de las especializaciones de la ciencia jurídico-procesal. Es la disciplina científica que se avoca especialmente al análisis de las diferentes manifestaciones de una relación procesal-penal, ordenando metodológicamente los principios que la rigen y adecuándola a los parámetros constitucionales.

Nuestra ciencia y su legislación no tendrían una razón de ser si no fuera por la estrecha relación que guardan con lo procesal-penal, habida cuenta de que es la única forma de materializar sus principios dogmáticos. Podemos decir que la ciencia jurídico-procesal penal es la llave con la que abrimos la puerta penal.

Es innegable que sin las bases de lo procesal-penal, nos sería prácticamente imposible aplicar los postulados de la punición. La ciencia jurídico-penal y su legislación son sustantivas, y las de lo procesal-penal adjetivas. En la relación procesal-penal va a calificarse la conducta que está en posibilidad de constituir un delito.

Por todo ello, es imprescindible que esté bien claro que lo penal guarda una relación muy estrecha con lo procesal-penal y que no es posible que lleguen a separarse sin que ambos se vean afectados, aunque sí debe delimitarse perfectamente cuáles son las instituciones que pertenecen a cada una de las áreas.

(e) LA CIENCIA JURIDICO-CIVIL.

La disciplina que nos ocupa encuentra una relación muy evidente con la ciencia jurídico-civil; baste recordar que en un principio, lo penal quedaba englobado en las disposiciones que conformaban el derecho civil. En el antiguo derecho romano los delitos formaban parte del *ius civile*.

En la actualidad, la ciencia jurídico-penal tiene que recurrir a las cuestiones civiles para resolver muchos de los asuntos problemáticos que se le presentan, tanto en el estudio doctrinal como en la integración de los delitos-tipo en la práctica de la relación procesal-penal.

Principios de trascendencia, como lo son la relación de parentesco en el parricidio, infanticidio e incesto; la clasificación de los bienes en el robo, el abuso de confianza y el fraude y el concepto del matrimonio en la bigamia, son ejemplos típicos que nos sirven para demostrar esa relación.

Además, hay que recordar que en el Código Civil pueden estar contenidas algunas normas penales especiales que describan delitos o bien que los bienes jurídicos que ya encuentran tutela en la materia civil, adquieran la especial protección que nos brinda el área penal.

(f) LA CIENCIA JURIDICO-INTERNACIONAL.

Sin entrar en el afejo problema de si puede o no existir una ciencia jurídico-internacional, tenemos que entre ésta y la disciplina penal hay una relación trascendente, que se manifiesta en la resolución de diversos problemas que se presentan al aplicar las disposiciones de nuestra materia.

En el momento en que llevamos a la práctica la ley penal, instituciones como la validez temporal, espacial o personal, la extradición, el asilo y los delitos en contra del orden internacional, va a demostrárenos que entre una y otras de las disciplinas existe una relación que es evidente e innegable.

La ciencia jurídico-internacional es la base para las relaciones entre los pueblos y es lógico suponer que existan conductas que sean consideradas como delictuosas y que se dan entre las naciones; la situación problemática que entre ellas se presenta es resultta con base en las dos disciplinas de las que estamos tratando.

Tan es así, que se ha llegado a hablar de un orden de naturaleza internacional que contenga las bases para la resolución de los problemas que ofrece el fenómeno delictivo entre los países que conforman la comunidad mundial. Los tratados y convenios son un intento para llegar a la formación de ese orden internacional.

(g) LAS OTRAS CIENCIAS JURIDICAS.

Los diferentes catálogos de normatividad jurídica establecen determinados delitos, que reciben el nombre de normas penales especiales. Las conductas delictivas preceptuadas en esos ordenamientos legales, son valoradas y sancionadas de acuerdo con los parámetros que nos marca el Código Penal.

Esta razón me sirve para demostrar que la ciencia y la legislación jurídico-penales se encuentran estrechamente relacionadas con todas las demás materias que forman el sistema jurídico vigente en nuestro país. Además, los principios de ambas se nutren con los frutos de esta relación entre las dos materias.

Aún más, recuérdese que todas las ramas del mundo de la juridicidad proceden del mismo tronco común que es la ciencia jurídica, y que van adquiriendo un adjetivo calificativo acorde con la disciplina que nace de dicho tronco. Todo lo jurídico forma un sistema de interrelaciones entre todas y cada una de sus materias.

Entendidas estas cuestiones, también podemos sostener que en la creación y reforma de las leyes penales se echa mano de los conceptos que nos brindan las demás ciencias jurídicas, para poder regular de la manera más eficaz las distintas manifestaciones que tiene la conducta del hombre en la vida social.

(h) LA CIENCIA Y LA LEGISLACION PENAL COMPARADAS.

Para la creación, modificación, interpretación y reforma de los principios que orientan a la doctrina y a la ley penales, deben ser tomados en consideración los postulados teóricos y legales de otros países. La ciencia y la legislación comparadas se encuentran en constante relación en todas las materias jurídicas.

A pesar de que la comparación internacional nos sirve para integrar los postulados que sustentan a la ciencia jurídico-penal mexicana, no debe tomársela como modelo para copiarla con exactitud sino que, más bien, se debe considerar sus aciertos y procurar adecuarlos a la realidad que se da en cada país.

Puede ser que una institución extranjera sea muy eficaz en su nación de origen; empero, que al tratar de imponerla y hacerla efectiva en México no resulte tan acorde, por las condiciones y las necesidades sociales que imperan en nuestro país. Por ello es que la gente no debe dedicarse a copiar sino tratar de adecuar.

La relación con la ciencia y la legislación penales comparadas y nuestra disciplina no puede negarse, pero en México se ha llegado a la exageración de creer que lo extranjero es inmejorable y que lo único que nos queda es copiarlo a pies juntillas. Concepción que debemos empezar a desechar, sin caer en el "malinchismo" o en el "chauvinismo".

(i) LA FILOSOFÍA JURÍDICA.

Si queremos entender a la perfección los principios doctrinales y legales de la ciencia jurídico-penal, así como de otras materias, es necesario que nos remontemos a las ideas filosóficas que los hicieron surgir, porque en ellas vamos a encontrarlos con el telos de su estructura.

La filosofía, entendida como el amor a la sabiduría, es la madre de todas las ciencias porque sus principios son la base de los postulados de otras materias y del sentido que ellos encierran. En lo jurídico-penal las distintas concepciones filosóficas de sus instituciones han influido para la estructura y la reestructura de sus diversos sistemas.

Es evidente que no nos resulta igual basarnos en los principios filosóficos de la ciencia clásica, que en los del positivismo penal, para construir nuestras ideas. Si bien pudiera suceder que conjuguésemos lo mejor de una y otro, para constituir un nuevo pensamiento e iniciarnos en la tarea de la reestructura.

Por lo tanto, es absolutamente cierto que podemos establecer un vínculo estrecho entre la ciencia jurídico-penal y la filosofía en general y en especial la jurídica. Tan es así, que podríamos hablar de una filosofía jurídico-penal que, obviamente, se encuentre especializada en nuestra materia.

(j) LA HISTORIA JURÍDICA.

En forma indubitable, podemos decir que existe una historia de la ciencia jurídica que abarca tanto a los conceptos doctrinales como a las legislaciones. Para poder conocer a fondo cualquiera institución de nuestra área, es necesario que indagemos su desarrollo histórico.

La tarea de los legisladores, investigadores y estudiosos de la ciencia jurídico-penal no estaría completa, si no se remontaran a la historia de nuestra materia. Es factible concluir que ambas disciplinas se encuentran plenamente ligadas por el hilo indisoluble del desenvolvimiento de la cultura de la humanidad.

Asimismo, toda la tarea que actualmente se enfoca hacia la ciencia jurídico-penal pasará a formar parte de la historia de nuestra materia y demuestra que, por ser un disciplina especulativa, se encuentra en constante evolución y que su última mira es la de llegar a ser una disciplina humanística perfecta.

Así como lo jurídico va adquiriendo especialidades, de la misma manera la historia puede hacerlo y como sus apartados específicos pueden incluirse la historia jurídica y la historia jurídico-penal, que tendrán como objeto de estudio el desarrollo dogmático de cada una de esas materias.

(k) LA POLÍTICA JURÍDICA.

Las ideas políticas que tienen cabida en un tiempo y lugar determinados influyen de manera notable en la creación, reforma, investigación e interpretación de los principios que guían a la ciencia jurídica y, principalmente, en la orientación del conjunto de normas o leyes de cada una de las áreas.

En materia de política jurídico-penal tenemos que estos principios influyen también en la prevención, el tratamiento y el combate efectivo del fenómeno social de la delincuencia. Las leyes y los postulados doctrinarios están manejados con una cierta tendencia de política penal.

Como un apartado específico de la ciencia-arte de la política, es-
tá la política penal, que se encarga de buscar los métodos efectivos para la
lucha contra el fenómeno delinencial y el tratamiento de los delinquentes
que nos sirve además de base para la creación de proyectos para la reforma le-
gislativa.

En realidad, la política influye en cualesquiera de las manifesta-
ciones del quehacer humano; aún más con la orientación que se le ha dado, por-
que no solamente se la entiende ya como el arte del buen gobierno sino también
como el conjunto de reglas que hemos de utilizar para sacarle el mayor prove-
cho a una situación.

(C) LA SISTEMÁTICA.

Ya expliqué que la ciencia es un conjunto de principios ordenados
metodológicamente; que la nuestra forma parte del ámbito de la especulación
científica, cuya orientación es el constante mejoramiento con miras a la
perfección y que todas las materias que están relacionadas con ella son cien-
tíficas.

Una vez que han quedado bien sentadas estas bases, debo decir que
es imprescindible que el fruto del conocimiento sea sistematizado puesto que
para los efectos de su estudio, enseñanza, aprendizaje y aplicación, es ine-
ludible que exista ese orden, que ha sido prefijado por los estudiosos de
nuestra materia.

En cierta medida, el orden puede variar de acuerdo con las concep-
ciones que tenga cada uno de los doctrinarios; empero, la estructura básica
debe conservarse y solamente podrá ser modificada cuando la necesidad nos
demuestre su razón de ser. La sistemática es básica en todos los aspectos de
la vida, para evitar la confusión.

La sistemática a la que voy a hacer referencia en los siguientes
incisos, se extiende tanto a la ciencia jurídico-penal, a la legislación penal
y a las ciencias penales, como a las teorías generales de cada una de las ma-
terias. La mía atenderá a la nueva estructura de la disciplina que intento
en esta tesis doctoral.

(15) LA SISTEMÁTICA DE LA CIENCIA JURIDICO-PENAL.

Por ciencia jurídico-penal se entiende al conjunto de principios
metodológicamente ordenados, que está referido al estudio de la ley penal, del
delito, del delincuente, de la responsabilidad y de las sanciones penales. Al
sistematizarlo he de hacer referencia a dos categorías: Parte general y Parte
Especial.

En la parte general comprendemos al estudio de las teorías gene-
rales de la ley, del delito, de la responsabilidad y de las sanciones penales.
Cada uno de esos apartados tendrá la tarea de analizar a fondo y en forma ge-
nérica los pormenores del fenómeno jurídico que le corresponde, de acuerdo con
lo anterior.

La parte especial se ocupa de conocer los delitos-tipo que se en-
cuentran en el Código Penal y en las normas penales especiales. Hará su estu-
dio dogmático, enfocando directamente los postulados de la teoría general del
delito al tipo en particular o especial, y en ambos casos estudia las conse-
cuencias que generan.

De acuerdo con mi pensamiento, puede hacerse el siguiente esque-
ma para que comprendamos la sistemática de la ciencia jurídico-penal:

SISTEMATICA
DE LA CIENCIA
JURIDICO-PENAL

PARTE
GENERAL

MARCO GENERAL DE CONCEPTOS (introducción).
TEORÍA GENERAL DE LA LEY PENAL.
TEORÍA GENERAL DEL DELITO.
TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD.
TEORÍA GENERAL DE LAS SANCIONES PENALES.

ESPECIAL

DELITO-TIPO EN PARTICULAR Y SUS
CONSECUENCIAS PENALES.
DELITOS-TIPO ESPECIALES Y SUS
CONSECUENCIAS PENALES

(16) LA SISTEMÁTICA DE LA LEGISLACION PENAL.

Esta sistemática rige igualmente para los ordenamientos penales, los que estructuran sus cuerpos normativos de la siguiente manera: Parte general, que hace referencia a la ley penal, al delito, a la autoridad y a las sanciones (responsabilidad y consecuencias), y parte especial, que regula los delitos-tipo y su punibilidad.

El CPF de 1931, *verbi gratia*, tiene un total de 401 artículos; del 1º al 122º pertenecen a la parte general y del 123º al 400º bis, a la especial. Está compuesto por dos libros: En el primero, la teoría de la ley penal abarca del artículo 1º. al 6º; del 7º al 23º regulan los aspectos positivo y negativo del delito.

Del 24º al 118º bis, engloban las penas y medidas de seguridad. El Título Sexto, Delincuencia de Menores, se encuentra derogado. La regulación fue substituida en 1974 por la ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores en el Distrito Federal, y sus correlativas en cada uno de los Estados.

En el Libro Segundo, del artículo 123º al 400º bis, prevén los delitos-tipo en particular, con su respectiva punibilidad. Incluye, además, tres artículos transitorios. Los delitos-tipo especiales se encuentran tipificados en leyes diversas, que no son propiamente penales como lo sería, por ejemplo, el Código Federal de Procedimientos Penales.

El estudio de la legislación penal (dogmática) también precisa de la aparición de este orden. En su sistemática ocupa el lugar primigenio la parte general y en segundo término está la parte especial. La primera comprende el estudio de la ley y del delito, en la teoría tradicional, según manifiestan los autores.

En mi concepto, la parte general abarca lo siguiente: La ley penal, el delito, la responsabilidad y las sanciones penales. Estos dos últimos grupos engloban la teoría del delincuente y de las penas y medidas de seguridad, de las que nos hablan algunos de los tratadistas de la corriente tradicional.

La parte especial es el segundo plano de la sistemática de la ciencia jurídico-penal en su aspecto dogmático y conlleva el análisis de los delitos-tipo en particular, con sus respectivas consecuencias penales. Los delitos-tipo especiales se hallan dispersos en las leyes que no son de esencia punitiva.

Para mi pensamiento, la sistemática de la dogmática jurídico-penal puede ser esquematizada en la siguiente forma:



(17) LA SISTEMÁTICA DE LAS CIENCIAS PENALES.

Esta sistemática es sencilla y ya hice alusión a ella; (90) en este inciso mencionaré la división básica, que puede esquematizarse de esta manera:



(18) LA SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA GENERAL DE LA LEY PENAL.

El estudio de la ley penal puede ser resumido en el siguiente esquema:

SISTEMATICA DE LA LEY PENAL	}	CONCEPTOS JURIDICO-LEGALES FUNDAMENTALES. LOS DOGMAS O GARANTIAS PENALES. EL PROCESO DE CREACION. EL PROCESO DE APLICACION (interpretación e integración). EL PROCESO DE SUPRESION.
-----------------------------------	---	---

(19) LA SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO.

La teoría general del delito se encuentra dentro de la ciencia jurídico-penal y de la teoría general de la ciencia jurídica y de ella recibe los principios necesarios para esclarecer las cuestiones que le son propias; esta generalidad es aplicable a todos los delitos en particular, y especiales.

En el concepto de los tradicionalistas, la teoría general del delito abarca: El estudio de sus elementos, su ausencia y las formas en que puede manifestarse el ente jurídico-penal, que dan lugar a su existencia, inexistencia y formas de aparición, respectivamente. De esto se deduce que son tres las esferas del delito.

Para mí, las esferas del ente jurídico se reducen a dos, a saber: Existencia e inexistencia; lo que anteriormente se entendía como formas de manifestación, lo estudio concomitantemente a su existencia, en la teoría del elemento subjetivo-material o conducta, que es el primero de ellos.

Con lo que he dado en llamar LA NUEVA ESTRUCTURA DEL DELITO, la sistemática que analizamos puede ser esquematizada así:

SISTEMATICA DE LA TEORIA DEL DELITO	}	ASPECTO POSITIVO DEL DELITO: Estudio de su existencia, inexistencia y formas de manifestación. ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO: Estudio de las causas que lo hacen inexistente en el mundo jurídico.
---	---	---

Cada uno de estos apartados comprenderá:

ASPECTO POSITIVO:

- TEORIA GENERAL DEL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL (conducta).
- TEORIA GENERAL DEL ELEMENTO REGULADOR (tipicidad).
- TEORIA GENERAL DEL ELEMENTO VALORATIVO (antijuridicidad).
- TEORIA GENERAL DEL ELEMENTO NORMATIVO (culpabilidad o temibilidad).

ASPECTO NEGATIVO:

- TEORIA GENERAL DE LA AUSENCIA DE CONDUCTA.
- TEORIA GENERAL DE LA ATIPICIDAD.
- TEORIA GENERAL DE LAS NORMAS JUSTIFICATIVAS.
- TEORIA GENERAL DE LA INculpABILIDAD.

(20) LA SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD.

Esta sistemática es fácil y queda esquematizada en esta forma:

LA SISTEMATICA DE LA TEORIA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD	}	LOS GRADOS DE INTERVENCIÓN EN EL DELITO. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL. LA RESPONSABILIDAD PENAL. LA IRRESPONSABILIDAD.
--	---	--

(21) LA SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS SANCIONES PENALES.

Para la sistemática de la teoría general de las sanciones penales (consecuencias jurídicas del delito), manejaré el siguiente esquema:

LA SISTEMATICA DE LAS SANCIONES PENALES	}	LAS PENAS. LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO ESPECIALIZADO. LA FUNCION DE LAS SANCIONES PENALES. EL FUNDAMENTO DE SU APLICACION. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS. LOS BENEFICIOS PENALES.
--	---	--

(D) EL DELITO.

Es lógico pensar que no puedo hacer teoría general del delito y proceder a su estudio, si no doy a conocer aunque sea un poco de la evolución histórica de tan controvertido fenómeno social, que fue escogido por la ciencia jurídico-penal como su objeto de estudio.

Entiéndase que el delito es un ente jurídico-penal y que en su valoración, tal y como se hace en los contratos civiles, debe verificarse que reúna todos los requisitos que la ley prevé, para considerarlo existente y que trascienda en el mundo jurídico-penal, para poder asociarle una sanción en forma de pena o medida de tratamiento especializado.

Las interpretaciones del delito no son todas jurídicas y tampoco han sido iguales, puesto que cada una de ellas atiende a diversos parámetros para proceder a su estructura y definición. El fenómeno delictivo es uno y único, no así los conceptos que de él puedan darse en la cultura del hombre.

Hay que recordar que además de la concepción jurídica y legal del delito existen nociones sociales, psicológicas, criminológicas, por número de elementos, dogmáticas, etc. y también la que yo doy. En este subtema pretendo abarcar el estudio de cada uno de estos aspectos del delito.

(22) MI CONCEPTO PREVIO DEL DELITO.

Se precisa, antes de proceder a mi tarea de estudiar al ente jurídico-penal denominado delito, que asiente un concepto previo de este fenómeno social en la ciencia jurídico-penal. Como yo soy jurista, intentaré que la definición que les brinde sea jurídica.

En mi pensamiento, el delito es: La conducta descrita en el Código Penal o en una norma penal especial, que necesita adecuarse con todos sus requisitos al modelo legal, matizándose con un carácter antijurídico, a la cual se le puede fundar un juicio de reproche, que acarrea para su autor las consecuencias previstas.

En concreto, el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable que por ende es sancionable, imponiéndosele a su autor una pena o una medida de tratamiento especializado. Recordemos que la ley no puede ser integrada con respecto a los tipos o a las punibilidades, sin perjuicio de conculcar el principio jurídico *NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE*.

Esta definición, si bien puede ser jurídica no es legal y debo aclarar que algunas legislaciones penales contienen su concepto del delito. No en todos los tiempos se ha atendido a los mismos principios para conceptualizar a este ente; puedo decir que ha sido observando parámetros no jurídicos.

(23) EL DESARROLLO HISTORICO DEL DELITO.

El antecedente más remoto de una figura delictiva data del año 11000 a.C., en Egipto, cuando se da un conflicto entre los príncipes del Oeste y del Oriente, porque las tumbas de la Ciudad de los Muertos fueron violadas y saqueadas, propiciando la inconformidad de ese núcleo social.

En esta singular reyerta se dio toda una relación procesal-penal, que fue iniciada con el nombramiento de una "comisión investigadora" que realizó inspección ocular en el lugar de los hechos y que fue un modelo de exactitud y precisión. Finalizó con la redacción de un acta, que puntualizaba los frutos del procedimiento.

Para la doctrina cristiana, la manifestación delictuosa más anti-gua fue el comportamiento de Adán y Eva en el Paraíso, al transgredir la Ley Divina. En lo que en sentido estricto es considerado ahora como delito, surge el antecedente directo del fratricidio, cuando Caín privó de la vida a su hermano Abel.

La conducta delictuosa tiene su inicio en el momento en que el hombre surge a la vida y morirá con él. CARRANCA Y TRUJILLO asienta: "Desde las primeras manifestaciones humanas, ya encontramos hechos extra y antisociales, que a su vez se convertirían en hechos extra y antijurídicos". (91)

Ha de considerarse que en la actualidad únicamente puede decirse que son delictuosas aquellas conductas que la ley penal prevé como tales. Quizá ese sea el origen de la fórmula legal que postula: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", (92) que está contenida en nuestro Código vigente.

Decir que delito es lo que la ley considera delito, resulta tautológico; ante tal redundancia, algunas legislaciones han optado por suprimir de su cuerpo dispositivo la definición del ente jurídico-penal o bien lo definen partiendo de su estructura, es decir en atención a sus elementos.

La postura se justifica diciendo que: Dar la concepción del delito en los postulados penales generales de las legislaciones es innecesario, puesto que en la parte especial de cada una está contenido un catálogo de las conductas que son consideradas como delictuosas y se les señala una sanción.

De esta manera tan sencilla se explica la evolución que ha tenido el concepto del delito dentro del marco legal. Faltan por revisar las concepciones no jurídicas de este controvertido fenómeno, que están inmersas en el cuerpo de la cultura humana general.

Ahora bien, considerado dentro del ámbito de lo social, el delito tiene otra imagen. Estimo que toda noción que se tenga de él, toma su base en los principios éticos que cada sociedad adopta para procurar la conservación de sí misma, del individuo y del Estado, que es su tutor jurídico.

Esos postulados los plasma en diversas legislaciones y les añade o suprime los requisitos que consideras pertinentes y si le resultan necesarios los conserva y si no los aparta, en la función legislativa que realiza el poder que ha sido designado por el Estado.

La concepción social del delito nace y se transforma a la par de la humanidad; podría decirse que la evolución sociológica de este ente toma su fuerza con el pensamiento de GAROFALO, quien lo estimaba como un fenómeno natural y social, basado en la violación de los sentimientos altruistas de benevolencia, piedad, probidad y justicia, considerados en su medida media. (93)

De las concepciones puramente sociológicas del delito se ocupó la criminología en su primera fase, manifestando un poco de desprecio por lo jurídico porque se olvidaba de que estaba forzosamente inmerso en lo social, que uno y otro se complementan.

Durante los primeros tiempos de la ciencia jurídica, el área de lo penal creyó que el delito era toda manifestación antijurídica que produjera un resultado dañoso para el bien común. Así, se castigaba por igual a las cosas, a los animales y a las personas, fundándose en supersticiones.

En la actualidad, la teoría general del delito ha evolucionado notablemente y sólo existe el ilícito penal cuando hay un comportamiento humano (conducta), típico, antijurídico y culpable; se ha hecho a un lado todas aquellas ideas erróneas y fanáticas que predominaron durante la Edad Media.

Atendiendo a esto repito que el delito nació con la humanidad, desde que el hombre estableció sus primitivas relaciones sociales; se desarrolla y morirá con ella. Se perfecciona no solamente a las formas de cometer la conducta delictuosa, sino también los medios de prevención, integración y lucha contra el delito.

CARRANCA Y TRUJILLO aclara: "Junto a las primeras ideas de solidaridad humana hallamos también al crimen, como que la historia del crimen es la historia de la civilización y el hombre mismo es un amasijo de ideas, sentimientos luminosos y oscuros instintos egoístas". (94)

(92) Cfr. Artículo 7º CPF, que en su primera parte conserva inexplicablemente la fórmula que define al delito, que es anticuada y de la cual no pudo deshacerse el reformador de 1984, añadiendo una segunda parte al artículo.

(93) GAROFALO Criminología, p. 32. Madrid, 1912.

(94) CARRANCA Y TRUJILLO. Op. cit., p. 15.

(22) LAS ESCUELAS PENALES Y EL DELITO.

La evolución del delito y de la ciencia jurídico-penal ha pasado por múltiples estadios, que van desde la venganza privada hasta la pública con bases científicas. De ello se han derivado las llamadas "escuelas penales", que son un conjunto de teorías.

En la época más antigua, el castigo al delito surgió como una forma de venganza privada; el núcleo, en su afán de procurar la conservación de sí mismo, consideró que la expulsión del delincuente del grupo era la sanción más grave que podía imponersele. El individuo que delinquía era mandado al destierro.

Se dejaba al infractor en una situación de absoluto abandono y además se lo convertía en una víctima propiciatoria de agresiones provenientes de su propio grupo social o de otros. (95) A la venganza privada se la limitaba con la Ley del Talió, que señalaba en forma objetiva la medida de la reacción penal.

El Talió tomaba en cuenta el daño causado por el delincuente con motivo de la comisión del delito. Generalmente sus principios se influían por la retribución: El daño que debía causar la pena debería ser igual que el ocasionado por el delito y en algunos casos se extendía a una persona distinta del delincuente. (96)

Tiempo después surgió la composición que pretendió substituir el mal de la pena con una compensación económica, que era otorgada a la víctima del delito. En un principio la compensación fue voluntaria, para que tiempo después quedase convertida en un paso obligatorio y legal.

La venganza privada quedó sin efecto al aparecer la venganza divina, con la evolución de los pueblos. "Los conceptos de derecho y religión, nos explica PAVON VASCONCELOS, se funden en uno solo y así el delito más que una ofensa a la persona o al grupo, lo es a la divinidad." (97)

En el período de la venganza pública, la ciencia jurídico-penal se vale de los conceptos de pena y represión. Según CUELLO CALON, en este ciclo inician su aparición las penas más severas y se castiga con ellas lo mismo a los crímenes más graves que a los que han pasado a ser indiferentes jurídicos. (98)

La administración de justicia penal manifestaba la más absoluta desigualdad, porque los nobles y los poderosos eran sancionados con penas más suaves y los plebeyos y siervos con castigos más duros. Existía una absoluta desigualdad jurídica, que propiciaba la inseguridad y la inconformidad del núcleo.

El mismo CUELLO CALON concluye que "los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, inclusive podían incriminar hechos no penados como delitos, y de estos poderes abusaron con exceso puesto que no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y del mando". (99)

Dentro del período de la venganza pública, empiezan a afianzarse los principios de la ciencia jurídico-penal. La doctrina tradicional se ubica dentro de dos grandes corrientes, la Escuela Positiva y la Clásica, cuyos debates se inician en torno al derecho a sancionar del Estado y que elaboran amplias teorías sobre el delito y la pena.

Posteriormente a estas dos posturas surgen otros pensamientos, que toman su basamento en los postulados de una y otra escuelas, para crear sus propias doctrinas; a ellos se les conoce con el nombre de escuelas eclécticas. Aparecen diferentes posiciones; las absolutistas piensan que al delincuente debe castigársele severamente.

(95) PAVON VASCONCELOS. Op. cit., p. 37.

(96) IDEM. p. 38.

(97) PAVON VASCONCELOS. Op. cit., p. 38.

(98) CUELLO CALON. Op. cit., p. 62.

(99) CUELLO CALON. Op. cit., p. 62.

Hay también posturas relativas, que buscan los medios para evitar que exista la delincuencia, y las mixtas que tratan de unificar la utilidad y la justicia. Cada una de ellas da un panorama diferente del delito, con sus características peculiares, que nos permiten ubicar a cierto autor dentro de una determinada tendencia.

(a) LA ESCUELA CLASICA.

Esta corriente se inicia con el Tratado de los Delitos y de las Penas de CESARE BECCARIA y pasando por una larga lista de ilustres tratadistas finaliza con el Programa de Derecho Criminal de FRANCESCO CARRARA. Con ella comienza la historia científica de la ciencia jurídico-penal.

Su evolución se ve enriquecida con las aportaciones de BENTHAM, con su Teoría de las Penas y Recompensas; ROMAGNOSI con su Génesis del Derecho Penal; ROSSI con su Tratado de Derecho Penal; CARMOGANI con los Elementos del Derecho Penal y ROSMINI con la Filosofía del Derecho.

En Italia descuellan BRUSSA, TOLOMEI y PESSINA; en Alemania MITTERMAYER, BEZNER, HALCHNER y BIRKMEYER y en Francia ORIGIEN y TISSOT. (100) La enumeración de sus adeptos no es restrictiva porque, en realidad, la mayoría de los pensamientos tradicionalistas toma como modelo a los clásicos.

Contra lo que pudiera suponerse sus doctrinarios no constituyeron propiamente una escuela, ya que sus objetivos generales y específicos no fueron detallados en un programa; tampoco llegó a poseer un conjunto unitario de materias y, lo que es más, las ideas de sus representantes en ocasiones eran diametralmente opuestas.

Ni siquiera tuvieron un local o una sede en donde hicieran sus reuniones periódicas de trabajo; sus representantes jamás se juntaron en algún lugar a discutir sus ideas, tampoco tuvieron un órgano de difusión y mucho menos puede decirse que hayan tenido un jefe o un presidente.

No fueron ellos quienes decidieron denominar a su corriente Escuela Clásica; más bien fue idea de PATTI nombrar como "clásicos" a todos los doctrinarios que fueron posteriores a BECCARIA y a los prepositivistas, dándole a la expresión un sentido peyorativo para que se entendiera que sus principios eran "viejos" y que además ya habían caducado.

Todos los postulados jurídico-penales de los autores que habían sido considerados como "clásicos", tenían una base jusnaturalista. El derecho natural les sirve como fundamento para encontrar una corriente de justicia natural y racional y sus conjuntos de normas pretenden alejarse de cualquier matiz social.

Consideran que los principios que se fundamentan en el derecho natural tienen el carácter de dogmas, que se les debe estimar como verdades ciertas e indiscutibles y racionalmente justas. Estos dogmas tienen como fin el de regular la conducta social, a través de normas de naturaleza punitiva.

Por ejemplo, ROSSI nos dice que existe un orden moral, al que deben cooperar los hombres libres e inteligentes; las personas que carezcan de libre albedrío o tengan algún trastorno mental, estarán exentas de responsabilidad en el caso de que no cumplan con los postulados penales. (101)

El ser humano, debido a su naturaleza eminentemente social, ha elegido con libertad vivir dentro de una sociedad; por lo tanto, al lado del orden natural surge un ordenamiento social y de ambos se derivan derechos y obligaciones para los miembros de la comunidad. El fin directo de la justicia no puede ser otro que el restablecimiento del orden social perturbado por el delito. (102)

Con ello se reconoce que el delincuente tiene libre albedrío para orientarse hacia el bien o hacia el mal y con base en él, la sociedad y el Estado van a determinar su responsabilidad ante los miembros de la comunidad y el orden jurídico, quedando este último al lado de un orden moral.

(100) Cfr. RODRIGUEZ MANZANERA. Op. cit.

(11) ROSSI. Citado por RODRIGUEZ MANZANERA. Idem.

(102) Idem.

CARMIGNANI piensa que la fuente de la responsabilidad penal es la conservación del orden social y que la ley penal constituye su propio límite. Distingue entre diversas clases de imputación y recalca que el objeto de aquella que tiene carácter civil, lo es el castigo del delincuente.

Esta pena no debe servirnos para que nos vengamos del daño que el delincuente hubiera logrado con el delito, sino como una de las medidas que tienda a prevenir ese fenómeno. El derecho de castigar al que comete un acto ilícito debe encontrar su basamento en la política y no en la justicia moral. (103)

En fin, para ROSMINI ese derecho de castigar a los autores de los delitos debe estar siempre fundamentado en un principio de immanente justicia. La facultad de juzgar al delincuente corresponde a la Divinidad, mas también el individuo común y corriente está en plena capacidad para juzgar a sus semejantes.

En la culpabilidad se ha querido encontrar el basamento del juicio; empero, tiene una infinidad de grados; por lo tanto, juzgar con base en ella va a resultarnos muy difícil. "La responsabilidad penal es la cantidad de pena ejemplar que el autor del delito debe esperar de la sociedad". (104)

Los clásicos propugnan que se juzgue con un respeto absoluto a las garantías individuales que establece la Constitución Política del Estado. Básicamente impera la que establece el principio de legalidad o de reserva (nullum crimen nulla poena sine lege no hay delito ni pena sin ley).

Postulan las máximas penales: No hay delito sin ley, no hay pena que no esté prevista en la ley y no puede aplicarse pena alguna que no esté estipulada, que no esté expresamente prevista en la norma legal. Todo esto debe tomar su fundamento en el postulado clásico de la mínima intervención penal o del último recurso.

El Estado es el tutor jurídico de la sociedad y del individuo y, como tal, es el único que tiene derecho de castigar a quienes hayan cometido un delito. Siempre que el Estado juzgue a un delincuente, debe recordar que el hombre es libre y poseedor de derechos individuales.

En el pensamiento de los autores clásicos, el delito no puede ser considerado sino como un ente jurídico previsto en las leyes penales. De la violación de las normas se derivan las consecuencias que el ordenamiento prevé para que les sean aplicadas a sus transgresores. El delito es el principio que rige la justicia penal.

CARRARA llegaría a afirmar: "Definido el delito como un ente jurídico, quedaba establecido de una vez y para siempre el límite perpetuo de lo prohibido, no pudiendo verse un delito sino en aquellas acciones que ofenden o amenazan los derechos de los coasociados". (105)

De este autor nace la idea de considerar que el delito es un ente jurídico. Por tradición, los autores italianos reconocieron que estaba compuesto por dos elementos, uno de carácter objetivo y el otro, subjetivo (conducta y culpabilidad), añadiéndose posteriormente la antijuridicidad.

Es el mismo CARRARA quien hace que al ilícito penal se le aumente una característica más, cuando nos dice que en él se deja entrever una idea de relación: La contradicción entre el hecho del hombre y la ley. En adelante, a este elemento se le reconocerá con el nombre de antijuridicidad. (106)

(103) CARMIGNANI. Citado por RODRIGUEZ MANZANERA. Op. cit.

(104) IDEM.

(105) CARRARA. Programa del Curso de Derecho Criminal. Tomo I. p. 29. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1944.

(106) Cfr. PETROCELLI. La Antijuridicidad. p. 12. Universidad Nacional Autónoma de México. 1963. MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad, Problema Capital del Derecho. Investigación para el Concurso Internacional de Derecho Penal del Estado de Durango. México, 1984.

La base de la responsabilidad penal se encuentra en el libre albedrío. Se dice que si el hombre está en libertad de elegir, si opta por el bien o se decide por el mal y está dotado de inteligencia y de consciencia, debe ser moral y penalmente responsable de todos sus actos ilícitos.

CARRARA da por sentadas las bases del libre albedrío y de la responsabilidad moral y penal, y así se empieza a delinear nuestra ciencia. El fundamento de la pena es la responsabilidad moral y a su vez será consecuencia del libre albedrío.

La pena en sí es un castigo, la sanción del mal que hace el delincuente con su delito a los miembros de la sociedad, con otro mal que le impone el Estado, como su tutor jurídico. La pena es un símbolo de justicia y de retribución jurídica, consiste en dar a cada quien lo que se merece, de acuerdo con su comportamiento.

Los locos y los niños, en virtud de que carecen de libertad y albedrío, están exentos de responsabilidad moral y penal. Las penas de los imputables deben ser en proporción directa al daño causado y al delito cometido. Los inimputables no son responsables y por lo tanto para ellos no hay pena.

Para las sanciones penales tenemos las siguientes características: Deben ser ciertas, aflictivas, determinadas, fraccionables, ejemplares, reparables, correctivas, inmutables, impropugnables y publicitarias. El marco jurídico, cumple con la garantía de libertad, cuando procura la seguridad jurídica de toda la colectividad.

La finalidad de la pena será la de restablecer el orden social que el delincuente había roto al cometer el delito. Algunos autores le dan un fin de defensa social, entre ellos nos encontramos con ROMAGNOSI, FEUERBACK y BENTHAM, quienes podrían ser considerados como prepositivistas.

Dentro de las ideas clásicas, se habló de un "determinismo templado"; es decir, que no llega a ser aceptada en forma total la premisa del libre albedrío. Sostienen que el hombre es libre y que a la vez está determinado por una serie de factores que lo impulsan al delito.

Respecto a esta postura, FORTE PETIT comenta: "Algunos indeterministas hablan de combatir al delito, atacando los factores endógenos y exógenos que lo producen. No es posible que para un indeterminista es plenamente contradictorio. Por eso Bongier, con todo acierto, señala que un indeterminista criminólogo es una contradicción in adjecto. En verdad, no se puede ser partidario del libre albedrío y aceptar al mismo tiempo al delito originado por factores endógenos y exógenos". (107)

La Escuela Clásica acogió como sistema de estudio al método jurídico, que es lógico y abstracto, al cual ya me referí. (108)

PAVON VASCONCELOS concluye: "Sean cuales fueren los reproches que le puedan hacer a la Escuela Clásica, su mérito indiscutible radica en haber estructurado una ciencia del Derecho Penal, señalando su objeto y apuntando un método utilizable en su investigación, estableciendo al mismo tiempo determinados principios que le dieron unidad de sistema". (109)

Por otra parte, quienes critican a los clásicos han dicho que a los tratadistas se les olvidó considerar al delincuente o, peor aún, que lo veían bajo los mismos aspectos que al hombre que no delinquía, que no hacían diferencia alguna entre ellos.

RAMOS aclara que no es que lo hayan olvidado sino que lo excluyeron voluntariamente, porque jamás lo necesitaron en su construcción jurídica. (110) ARAMBURU y ZULOAGA estima que la Escuela Clásica se acordó más del hombre y menos del delincuente. (111)

(107) FORTE PETIT. Op. cit., p. 40.

(108) SUPRA. Sección Preliminar. Número 10. Su Método de Estudio.

(109) PAVON VASCONCELOS. Op. cit., p. 49.

(110) RAMOS. Citado por FORTE PETIT. Op. cit., p. 40.

(111) ARAMBURU y ZULOAGA. Citado por FORTE PETIT. IDEM.

Pienso que los clásicos si se acordaron del individuo, fuera o no delincuente, puesto que toda la construcción de la ciencia jurídico-penal que elaboraron tendía a garantizarle el libre ejercicio de sus derechos ante la ley. Más bien, fueron los positivistas quienes iniciaron la fase de la estigmatización.

Las críticas a la Escuela Clásica no hacen mayor mella en sus principios, puesto que quien quiera ser reconocido como jurista penal deberá comprender que todos sus postulados están hechos para la garantía de una verdadera ciencia jurídico-penal.

(b) LA ESCUELA POSITIVA.

Reciben el nombre de positivistas todos los precursores de LOMBROSO. Esta tendencia estuvo en pleno auge durante más de cincuenta años y dio lugar a lo que llaman "la nueva ciencia de síntesis", la criminología, y se contraponen en forma radical a los principios de la Escuela Clásica.

Principalmente los seguidores de las ideas positivistas, se dedicaron a elaborar el estudio del hombre delincuente desde diferentes aspectos y al hablar del delito lo alejaron del ámbito jurídico, a fin de avocarse en mayor medida al aspecto social, tergiversando el sentido de nuestra materia.

PAVON VASCONCELOS comenta al respecto: "Con motivo de los brillantes estudios realizados por César LOMBROSO, quien hace el análisis del hombre delincuente para determinar los factores que producen el delito, se inicia un nuevo concepto sobre la ciencia del Derecho Penal que, alejándose de la especulación adoptada como sistema ideal de investigación por los juristas clásicos, ve en el hombre el eje central sobre el cual giran los conceptos básicos en que debe apoyarse una verdadera construcción científica". (112)

El nombre de Escuela Positiva proviene del método de estudio que fue utilizado por sus investigadores. Con base en la observación y experimentación, los positivistas realizaron sus análisis concluyendo en forma evidente, digo yo, los derechos individuales que posee el hombre, aun el delincuente.

JIMENEZ DE ASUA nos explica: "César Lombroso, médico hebreo de origen español (nacido en Italia), quiso aplicar el método experimental al estudio de la demencia y trató de encontrar las notas diferenciales para que fuese más fácil el peritaje médico, entre el delincuente y el loco. Mas, a medida que el genial israelita avanzaba en sus estudios y observaciones, los resultados eran contrarios a lo que él esperaba: lo que parecía dibujarse inequívocamente no era la distinción entre el loco y el criminal, sino su parecido, en virtud de la semejanza que ambos tenían con un tercer término al que Pichard bautizó con la denominación de moral insanity". (113)

A los iniciadores de la Escuela Positiva se les conoce con el nombre de "evangelistas" y se cuentan en número de tres, a saber: LOMBROSO, con orientación médica y antropológica, quien en el año de 1876 publicó su libro *El Hombre Delincuente*.

En 1878 se le unió FERRI, con dirección sociológica, y como contrapeso llegó CAROVALD, quien sentó las bases jurídicas del positivismo. Algunos autores insisten en incluir a un cuarto "evangelista", FIORETTI, aunque no nos dicen cuál es la dirección específica que aportó a la escuela de los positivistas.

El principal medio de difusión de la escuela positivista lo fue la revista "Archivo de Equitación, Ciencias Penales y Antropología Criminal", desde 1880. Sus postulados eran opuestos a los clásicos; a diferencia de esta tendencia, los positivistas sí unifican su doctrina; pese a ello, encontramos muchas variedades.

(112) PAVON VASCONCELOS. Op. cit., p. 49.

(113) JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., p. 48.

Esas variantes fueron el origen de distintas disciplinas. "En suma nos dice JIMENEZ DE ASUA- podríamos distinguir la tendencia antropológica que evalúa de modo principal el factor endógeno; otra, sociológica, que da más importancia a los factores endógenos del ambiente físico y social y, por último, una moderna concepción dinámica biológico-criminal que en última instancia construiría, como ciencia de síntesis, la Criminología". (114)

Se dice que el delincuente no podrá dejar de ser un hombre y que es a él a quien hay que atacar; que el delito se produce por factores endógenos y exógenos que están en relación con el sujeto y que, por lo tanto, para el análisis del delito y de los medios de evitarlo, debe seguirse en su estudio un método de observación y experimentación y no el jurídico, que tiene un sistema lógico-abstracto.

Los positivistas niegan la responsabilidad moral y FERRI concluye que el hombre es responsable por el solo hecho de haber aceptado vivir en sociedad, la cual está facultada para hacerle responder, con base en el grado de peligrosidad que los ataques del sujeto representan.

Al tratar del determinismo de los actos, los expositores de la Escuela Positiva se convierten en los principales atacantes del libre albedrío. Dicen que el delito es al mismo tiempo un fenómeno natural y social, que es el producto de las conductas socialmente desaprobadas de los hombres.

Estiman que las legislaciones penales deben encontrar su basamento real en los estudios individuales de los infractores de las normas de convivencia social y que, para su elaboración, debe considerarse los aspectos biológico-antropológicos, sociales y psicológicos.

Las causas de que el individuo llegue a delinquir nos las dan los factores sociales. Consideran que la pena es un medio de defensa social y no un castigo o retribución, como habían estimado los precusores de la Escuela Clásica del Derecho Penal.

FERRI expuso en su Teoría de la Saturación Criminal que la delincuencia está relacionada con la organización social, que el índice de los delitos aumenta o disminuye en relación directa con la estructura que posea la sociedad. Que el crimen es producto de la anomalía biológica y social.

Nos habla de sus famosos "sustitutivos penales": al hacer su clasificación, nos recuerda que éstos pueden ser de distintas clases, a saber: a) Económicos. b) Religiosos. c) Científicos. d) Políticos. e) Educativos. f) Familiares. g) Administrativos.

LOMBROSO trata de encontrar las causas de la delincuencia en el alma, en las costumbres y en las pasiones de los hombres. Compara a los delincuentes con los locos y con los niños y dice que son una especie de orates en los cuales se reproducen los caracteres de sus ancestros, hasta llegar a un estado de atavismo.

Todo delincuente, considerado como tal, es igual a un loco y siempre será nato. Este es un psicópata con daño cerebral. La epilepsia lo orilla a que desde su nacimiento esté predispuesto a delinquir. Esta especie representa un 30 ó 35% del total de la delincuencia.

El mismo LOMBROSO hace una clasificación de los hombres que delinquen, considerando las siguientes especies: a) Delincuente nato. b) Delincuente loco moral. c) Delincuente loco epiléptico. d) Delincuente loco. e) Delincuente habitual. f) Delincuente ocasional. g) Delincuente pasional.

JIMENEZ DE ASUA concreta: "No todo ha de ser un balance peyorativo para la Escuela Positiva. Podemos apuntarle dos ventajas: a) Como toda ley tiene una base fáctica, al descubrir nuevos hechos se ha ampliado el contenido del derecho con nuevas experiencias. b) El principal mérito de Lombroso más que de los positivistas, genuino estricto fue crear una ciencia inédita hasta entonces. Una ciencia causal-explicativa del fenómeno de la criminalidad, que hasta que él la captó sólo era capaz de crear conceptos de Derecho en los que el delito era un ente jurídico o el delincuente sujeto del acto, como en el Derecho Civil lo es del contrato o del testamento". (115)

(d) LAS ESCUELAS ECLECTICAS.

De la lucha sin fin entre las escuelas Clásica y Positiva surgen pensamientos conciliadores que, tomando parte de las bases de unos y otros postulados, tratan de elaborar sus propias doctrinas. JIMENEZ DE ASUA incluye entre éstas, a las teorías correccionalistas, cuyos precursores fueron PLATON, SAN JUAN CRISOSTOMO, CLEMENTE XI, HOWARD, STELSER, GROSS, ROEDER, KRAUSE, y otros. (116)

Esta corriente, como su nombre lo indica, busca los medios para corregir al hombre que ha delinquido. Así, por ejemplo, PLATON nos dice que el delito es una de las enfermedades que puede sufrir el alma y la pena le sirve para corregirla.

HOWARD estima que las prisiones deberían estar transformadas, para evitar que los individuos que caigan en ellas se corrompan. De estos postulados derivan los principios que han de servirle de fundamento a la política penal tan en boga en nuestros días.

Entre las escuelas eclécticas descuella el positivismo crítico, que surge por el descontento de los juristas ante la negación de la independencia del Derecho Penal por la que pugnaron los positivistas, en su intento para destronar a nuestra ciencia jurídico-penal del estudio del delito.

Respecto al positivismo crítico, JIMENEZ DE ASUA comenta: "Podríamos decir que ésta fue su nota típica, el ser engendrado por el positivismo internacional sobre la base de la nacionalidad del respectivo clasismo". (117)

En Italia, el positivismo crítico recibió el nombre de Terza Scuola; sus representantes de mayor relevancia fueron CARNEVALE y ALLMINA con sus Principios de Derecho Criminal. Esta tendencia niega el libre albedrío, que el delito sea un fenómeno natural que no puede evitarse, etc.

PAVON VASCONCELOS reafirma: "Tratando de conciliar las posiciones opuestas de los clásicos y positivistas surge, con CARNEVALE y ALLMINA, la Tercera Escuela. Fundamentalmente recoge, de la Escuela Positiva, el método experimental, niega el libre albedrío y proclama el determinismo positivista, pero negando que el delito sea un acontecimiento natural e inevitable; refuta el concepto de retribución moral por cuanto a la pena, adoptando el criterio de la defensa jurídica y viendo en la sanción un medio intimidatorio cuyo fin es la prevención general del delito. De la Escuela Clásica acepta, únicamente, la distinción entre imputables e inimputables". (118)

Según JIMENEZ DE ASUA, las principales características de la Tercera Escuela fueron: a) Afirmación de la independencia del Derecho Penal contra el criterio de dependencia que propugnaba FERRI en sus primeros tiempos. b) Exclusión del tipo criminal. c) Reforma social, como deber del Estado. (119)

FORIE PETIT comenta: "Como debía suceder, no quedaron conformes los partidarios de las Escuelas Clásica y Positiva con la creación de la Tercera Escuela, manifestando FERRI que no se la puede considerar sino como un "metéoro de breve duración", es decir como algo transitorio". (120)

JIMENEZ DE ASUA concluye: "En Alemania podemos hablar de una tercera escuela, constituida por MERKEL, LIEPMANN, OETGER, etc. Conciliar la justicia y el finalismo fue el afán de los escritores, que continúan con la tradición de las escuelas mixtas en las que la justicia y la utilidad se amalgaman." (121)

(116) JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., p. 59.

(117) Idem.

(118) PAVON VASCONCELOS. Op. cit., p. 51.

(119) JIMENEZ DE ASUA. Citado por FORIE PETIT. Op. cit., p. 43.

(120) JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., p. 61.

(121) Idem.

(25) EL PROCESO DE LA VALORACION JURIDICA DEL DELITO.

En todo tiempo, el proceso de la valoración jurídica del delito y de las conductas que han de ser consideradas como delictuosas, ha sido manejado con base en la antijuridicidad formal o deber ser jurídico. Me adelantaré un poco en este estudio, al decir que la antijuridicidad es lo contrario de los postulados de explicitación que contienen las normas jurídicas (deber ser). (121*)

Al principio dije que el delito era toda conducta que contrariase una norma del área jurídico-penal y llenara todos sus elementos o requisitos. En realidad, la calificación de este ente jurídico se la da el derecho liberal, al sostener dentro de los principios de su doctrina, que a una conducta puede considerársela como delictuosa, solamente cuando una ley anterior a su comisión le da ese carácter.

De esto se deriva la máxima penal: nullum crimen nulla poena sine legem scripta et stricta (no hay delito ni pena sin ley escrita y estricta), la cual es base del multicitado principio de legalidad o de reserva, que caracteriza a los estados de derecho.

Solamente puede considerarse que existe un estado de derecho, cuando la seguridad jurídica de los miembros de la sociedad está garantizada en todos sus aspectos, principalmente por cuanto hace al ius poenale y al ius punitivi.

El proceso de la valoración jurídica del delito en sus inicios descansó sobre una base objetiva: La antijuridicidad material; tan es así, que llegó a ser proclamada la responsabilidad por el resultado, que fue la causa de muchas injusticias en materia de punitión.

Se era responsable cuando se había lesionado o puesto en peligro una expresión del derecho jurídicamente reconocida, sin tomar en cuenta la intención o intensidad de la voluntad (culpabilidad psicológica), que le había dado el autor en el momento de actuar; simplemente se consideraba el resultado.

En el Oriente, Persia, Israel y Japón, y en Roma, imperaba el principio de la responsabilidad objetiva (resultado dañoso). Hasta finalizar la Edad Media, se juzgaba por igual a cosas, animales y hombres, con fundamento en razones de índole religiosa y en supersticiones.

También se castigaba de manera feroz y brutal a quienes se les podía ligar con una consecuencia que causaba un daño, que no era comprensible para la mente humana; así se torturó en forma increíble a los brujos y hechiceros y a los enfermos mentales, asociándolos con las conductas satánicas.

Esto sucedió hasta que en Roma empezó a ser elaborada la valoración subjetiva del delito, tomando en cuenta la intención del autor (dolo o culpa); inclusive llegó a pensarse si debían o no ser castigados los delitos que habían sido cometidos en forma culposa (al violar un deber de cuidado). (122)

Así, notamos que la antijuridicidad es aparejada con el principio de la culpabilidad (intención dolosa o culposa), tal y como se lo consideraba hasta antes del normativismo causalista. Tiempo después, a la culpabilidad se la entiende como el reproche a la conducta realizada por el agente y la intención es trasladada al lugar en donde siempre debió estar: A la conducta. (123)

(121*) MEDINA HERNANDEZ. Op. cit.

(122) Cfr. FLORIS MARGADANT. El Derecho Romano Privado. Editorial Esfinge. México, 1975.

(123) En la teoría finalista de la acción se dice que la intención, en forma de dolo o culpa, se encuentra en la acción y es ubicada entre los elementos subjetivos del tipo. Yo explico que nada más debe ser valorada en la conducta y la llamo "intención". INFRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Número 91. La Intención.

De cualquier manera sigue predominando el principio de la responsabilidad por la culpabilidad, ya que ésta es considerada como el elemento que pone punto final a la estructura del delito, que culmina con la valoración declarando la existencia del ente en el mundo jurídico.

Voy a hacer notar que en la actualidad el proceso de la valoración jurídica del delito no ha cambiado mucho. A reserva de que en las siguientes líneas diga cuál es el procedimiento que debe seguirse al comprobar cada uno de sus elementos, hablaré en forma sonera de las generalidades.

Las disposiciones constitucionales enuncian que a la autoridad ministerial y a los agentes (procurador, juez, juez de justicia), les corresponde la investigación de los delitos y la persecución de sus autores, para proceder a su consignación ante la autoridad judicial. (124)

Asimismo, las normas procesales en materia penal nos dicen que una de las funciones del juzgador es la de declarar cuáles conductas son delictuosas y cuáles no lo son, y así queda precisa la función de cada una de las autoridades en materia punitiva y en la integración y valoración del delito. (125)

La interpretación de estos preceptos legales ha sido mal hecha y en la práctica los agentes ministeriales tienen instrucciones de consignar toda causa que llegue a sus manos, ante el juez, aun cuando notoriamente se trate de una de las hipótesis del aspecto negativo del delito. (126)

Es decir, que a pesar del texto constitucional que dice con toda claridad que al llamado Representante Social le toca la tarea de investigar delitos, se le obliga a mandar al juzgado casos de "delitos" y de evidentes "no delitos."

Todo ello ha provocado una carga de trabajo tremenda para los juzgados penales, con su correspondiente rezago, y una notoria inseguridad jurídica para los integrantes del núcleo social. Y no sólo eso, sino que los términos constitucionales para la duración del proceso son letra muerta.

Esto último es lo que más preocupa, porque una vez que el ciudadano ha sido sometido a un procedimiento judicial y extrajudicial bochornoso, sin resarcirlo del daño ni de los perjuicios que hubiere sufrido y más aún, sin ofrecerle siquiera una disculpa, se le declara inocente.

Posteriormente tendrá que hacer toda una serie de engorrosos trámites para recuperar su ficha signalética y que no quede constancia alguna de las vejaciones de que fue objeto. Esto es, que sigue sufriendo las consecuencias de nuestro sistema de "injusticia penal".

En mi concepto el proceso de la valoración jurídica del delito debe tener, en primera instancia, dos polos, a saber: a) El de la prueba, que debe ser realizado por la autoridad ministerial. b) El de la comprobación, que debe llevar a cabo la autoridad judicial. Quiérase o no, la averiguación previa es parte del proceso penal.

En primer lugar, el Representante Social deberá proceder a reunir las pruebas necesarias para demostrar la existencia del delito y de la responsabilidad en el campo de lo jurídico. Ya dentro de la actividad judicial, el juzgador se encargará de comprobar su existencia, valorando las pruebas aportadas.

Así, el agente ministerial únicamente debe consignar al juez penal correspondiente, con o sin detenido, los expedientes de las causas en las cuales se haya probado la existencia de hechos delictuosos y la probable responsabilidad de una persona, para que él compruebe los dos extremos constitucionales.

(124) El artículo 21º del CPEUM, dispone que el monopolio de la acción penal favorece al Ministerio Público (común o federal), quien se encarga a través de sus agentes, de probar la existencia del delito. Fue utilizado incorrectamente el término "persecución", el cual debe ser cambiado por "investigación", porque a los delitos no puede perseguirseles.

(125) Al Ministerio Público sólo le corresponde recabar datos para la averiguación previa, según esto.

(126) Parece ser que en la actualidad la cosa va cambiando y favorece al presunto responsable.

Considerando que la averiguación previa o investigación del delito y de la responsabilidad forma parte del procedimiento penal, podrán serle aplicadas las reglas que en el catálogo específico se prevé y no quedarán al arbitrio del jefe en turno el ofrecimiento, la admisión, el desahogo y la valoración de las pruebas.

La evaluación con fines de indagación o reunión de pruebas, debe iniciarse cuando resulte que el Ministerio Público tiene conocimiento de que existe en el mundo fáctico una conducta que ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídicamente tutelado (antijuridicidad material), aun cuando no sepa quién fue su autor.

Recuérdese que dije que las normas jurídicas funcionan como una técnica de control específico del comportamiento en sociedad; en el caso de que los actos de la naturaleza o de los animales produzcan un resultado jurídicamente lesivo, éste importará para la valoración jurídica solamente si puede llegar a ligárselo a una conducta.

Las bases jurídicas de la valoración de la conducta descansan sobre tres hechos: Probar y comprobar que se han reunido los elementos que marcan el delito-tipo de que se trate, probar que es antijurídica y si el autor es culpable. Dentro del proceso descuellan dos valoraciones: La de la antijuridicidad y la de la culpabilidad.

Quede bien claro: El proceso de la valoración jurídica del delito es semejante al que se realice en materia civil, por ejemplo, al analizar un contrato: Se tiene que verificar que se reúnan todos los requisitos, que son: Elemento subjetivo-material (conducta), elemento regulador (tipicidad), elemento valorativo (antijuridicidad) y elemento normativo (culpabilidad o temibilidad).

Después de ello podrá procederse a verificar que exista la responsabilidad penal o social y a establecer la sanción aplicable en cada caso concreto, al cumplimiento y a la ejecución de ella; estas son cuestiones en las cuales se evidencia una estrecha relación entre las ciencias jurídico-penal y jurídico-procesal penal.

(E) LAS CONCEPCIONES DEL DELITO.

El delito es un ente jurídico que ha causado grandes controversias, tanto en la sociedad como en las disciplinas científicas. En este último aspecto, o sea en el mundo de la cientificidad, notamos que las ciencias han iniciado una tremenda pugna por tomarlo como su objeto de estudio y que son varias las materias que se dedican a su análisis desde diferentes puntos.

Las concepciones que se tiene del delito son múltiples y dispares, y hay tantas como autores le dedican su atención. Entre otras, figuran las jurídicas: Atomizadoras y unitarias, por número de elementos y legales y las no jurídicas: Psicológicas, sociológicas y criminológicas.

Principalmente, el concepto que se tenga del delito puede variar en atención a la época, al lugar y a la tendencia del autor que nos lo dé; tan es cierto esto, que en un momento, en un sitio determinados, una conducta puede ser considerada como delictuosa y en otros no. El concepto del delito varía conforme evoluciona la cultura del hombre.

En este inciso, tengo el objetivo general de tratar las más de las concepciones del delito que nos han sido dadas. Entiéndase que mi labor no es limitativa, puesto que pudo haberse escapado alguna; en realidad puedo justificarme diciendo que he considerado los temas que pueden ser de mayor trascendencia.

(26) LA CONCEPCION UNITARIA O TOTALIZADORA.

Los principios doctrinales informan que para que podamos conocer al delito en su composición, existen dos posturas: a) Las teorías unitarias y totalizadoras. b) Las tendencias analíticas o atomizadoras. Todas ellas nos hablan de la estructura del delito, atendiendo a sus elementos o caracteres.

VILLARREAL MORO nos dice: "Aquellas dos posturas tienen en común que ambas se formulan desde un punto de vista estrictamente jurídico, y como afirma Faustino Ballvé la dogmática (ambas posturas) del delito se asienta sobre la definición de éste como un ente jurídico". (127)

En el pensamiento de los autores que se afilian a la teoría unitaria, se considera que el delito es un ente monolítico que nunca admitirá que se lo divida o fraccione en un determinado número de elementos. Podría ser que llegara a presentarse desde varios aspectos, aunque no es posible que se lo seccione.

Al delito puede observarse desde diversos ángulos, tal y como se mira a las caras de un diamante. Sólo viéndolo en sus distintos aspectos, es factible conocer en plenitud el fenómeno jurídico de referencia. El ente es una unidad orgánicamente homogénea, a la que no puede desgajársela.

El mismo VILLARREAL MORO comenta con respecto a esta postura: "Conforme a esta concepción, el delito es un concepto unitario que sin embargo está compuesto por partes o elementos, sin que ello rompa con aquella unidad". (128) Esto es, que el todo homogéneo está formado por elementos.

Lo que nos dice este autor resulta ser un tanto contradictorio, ya que no puede adoptarse la postura unitaria o totalizadora y, al mismo tiempo, decir que el delito, como ente jurídico, está formado por un cierto número de elementos. O bien se lo puede desintegrar, o es posible mirar sus ángulos.

Su afirmación es una contradicción in adjecto, porque solamente a quienes adoptamos una postura analítica nos está permitido hablar de los elementos del delito. Los doctrinarios que propugnan la unidad, a lo más deben mencionar que el ente jurídico tiene diferentes aspectos, caras o ángulos.

Los analíticos intentarán hacer el estudio del delito de la manera más integral, aunque en mi concepto el análisis quedó incompleto porque no dicen qué aspectos van a atender y además la ley mexicana ha querido que para la concepción del delito, sea adoptada la postura atomizadora.

(27) LA CONCEPCION ANALITICA O ATOMIZADORA.

Para la opinión de los teóricos analíticos y desde este momento me uno a ellos, el delito es en efecto una unidad orgánicamente homogénea, aunque a fin de analizarlo y comprenderlo en forma íntegra suele dividirse en un determinado número de elementos, dependiendo del concepto que de él se tenga, y varían de dos a siete.

Resulta muy claro comprender que cada uno de los elementos en que será dividido el ente jurídico tendrá una íntima conexión con los demás, en el entendido de que todos pertenecen a la unidad homogénea, porque cada uno entra en su composición y ayuda a formarla.

El hecho de seccionar al delito en un determinado número de elementos, se hace sólo con fines didácticos, de comprensión y de aplicación en el mundo de la práctica forense. La división es ficticia y nada más, porque obviamente la manifestación delictuosa no puede ser fraccionada en la realidad.

REYES explica: "Para la mejor comprensión del fenómeno es necesario analizarlo, vale decir descomponerlo; esta operación atomística, en tratándose del delito, es meramente formal; no tiene valor absoluto porque cualquier intento de darle autonomía a las partes que lo integran resultaría no sólo arbitrario sino irreal". (129)

Es claro que no por dividirlo en elementos, el ente jurídico debe perder su esencia. El mismo REYES concluye: "El delito es, en verdad, un fenómeno vital, autónomo e indisoluble como el hombre de quien emana; la razón de un tal método es, pues, más pedagógica que racional". (130)

(127) VILLARREAL MORO, La Dogmática Penal. p. 2. Ponencia.

(128) IDEM.

(129) REYES. Derecho Penal Colombiano. pp. 135/6. Publicaciones de la Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1964.

(130) IDEM.

Al momento de hablar de los elementos, **BATAGLINI** dice que el elemento es el componente esencial que entra en estructura con el objeto y que es obtenido de la comprensión del mismo. En cambio, el carácter es lo contrario de elemento y resulta de la contemplación unitaria del mismo objeto. (131)

FORTE PETIT afirma: "Por ejemplo, el agua tiene elementos esenciales, el hidrógeno y el oxígeno, y presenta las características de ser inodora e insípida, que pueden faltar sin que la esencia del objeto se altere". (132) Claro es que al faltar un elemento, el objeto no puede ser integrado.

Así, concluyo que cada una de las partes en las que podemos desintegrar al delito en la ficción jurídica ha de llamarse "elemento", ya que éste es el término ideal para designarla. La legislación y la práctica mexicana optan por esta terminología tradicional, que sigue vigente.

(28) LA CONCEPCION POR NUMERO DE ELEMENTOS.

Es de suponerse que cuando hablamos de los elementos del delito, se está optando por una concepción analítica o atomizadora del mismo. Es la que yo adopto. En esta postura puede hablarse de los elementos del ente jurídico, empleando como mínimo dos y como máximo siete.

La legislación mexicana trata de dichos elementos del delito, en los artículos 19º del CPUM y 97º y 117º fracción I del CPP. Así nos encontramos con las concepciones del delito de índole bitómica, tritómica o tetradómica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, teniendo como base las diferentes combinaciones que con los elementos conocidos pueden lograrse.

Los elementos que de ordinario son manejados, pueden ser contados en número de siete y son los siguientes: Conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad. (133)

Los doctrinarios tradicionalistas mexicanos suelen hablar de esos siete elementos del delito; es decir, tienen una concepción heptatómica de él. Emplean la misma cantidad de componentes, tanto para el aspecto positivo como para el negativo. En mi concepto, únicamente cuatro son los necesarios: Conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. (134)

(29) LA CONCEPCION SOCIOLOGICA.

Hasta antes de los positivistas, el delito solamente fue apreciado como uno más de los entes jurídicos. En realidad, no se le podía concebir de otra forma, habida cuenta de que lo estudiaban únicamente los juristas, porque las demás disciplinas no le habían dado la importancia debida.

CARRARA, fundador o iniciador de la Escuela Clásica del Derecho Penal, quiso decir así: "Delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". (135)

El positivista **GAROFALO** habla del ente como de un fenómeno natural y social, definiéndolo en los siguientes términos: "Es la violación de los sentimientos altruistas de benevolencia y piedad y probidad o justicia, en la medida en que se encuentran en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas para la colectividad". (136)

(131) **BATAGLINI**. Citado por **FORTE PETIT**. Programa de la Parte General de Derecho Penal. p. 149. Universidad Nacional Autónoma de México. 1968.

(132) **IDEM**.

(133) Esto domina en el aspecto positivo, que nos indica la presencia del delito en el mundo jurídico. Para el aspecto negativo o ausencia del delito tenemos: Ausencia de conducta, atipicidad, causas de licitud o justificación, inimputabilidad, inculpabilidad, ausencia de condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias.

(134) Los llamo así: Elemento subjetivo-material (conducta), elemento regulador (tipicidad), elemento valorativo (antijuridicidad) y elemento normativo (culpabilidad), esto en el aspecto positivo. En el negativo tenemos: Ausencia de conducta, atipicidad, justificantes e inculpabilidad.

(135) **CARRARA**. Op. cit., p. 30

(136) Datos tomados en mi cátedra de Criminología.

Dentro de la misma corriente, DURKHEIM nos dice que el ilícito penal es uno de los fenómenos de anomalía de la sociedad, que su existencia es tan natural como normal, que forma parte de una sociedad sana y que es, además, un factor que determina la salud pública. (137)

TARDE explica que el delito no es sino una manifestación del grupo que conforma a la sociedad, que es emitida en un proceso de imitación, que ésta adquiere las características de ser extralógica y negativa y que la conducta delictiva es reprobada por la misma sociedad. (138)

PASTEUR solía decir que el delito es como una epidemia. El hombre tiene en su ser el microbio del delito y necesita acercarse a un medio propicio para que éste sea desarrollado; cuando el virus no llega a ese medio, resulta inofensivo. Si se lo coloca en el ambiente adecuado, va a reproducirse y llegará a convertirse en un foco de contagio terriblemente virulento. (139)

La concepción sociológica del delito puede ser ubicada dentro de una de las corrientes o direcciones que explica la criminología tradicional.

(30) LA CONCEPCION PSICOLOGICA.

En su tarea de estudio e investigación acerca del fenómeno de la delincuencia, la psicología estima que es más importante descubrir cuántos y cuáles son los factores que impulsan al hombre a delinquir, que darnos una definición del delito con tintes psicológicos.

Así, los psicólogos dan al acto delictivo un enfoque biológico y lo integran en el campo de las acciones personales. Antes de proceder al juicio de la valoración jurídica de la conducta delictiva, en la psicología se trata de entender todos los factores que son antecedentes de una situación y los que determinan a cada una de las acciones personales.

MIRA Y LOPEZ nos dice: "Considerando al delito desde el punto de vista psicológico, llegamos a la conclusión de que su ejecución presenta una consecuencia absolutamente lógica y fatal del conflicto de fuerzas y factores que lo determinan". (140)

Dentro de la valoración psicológica del ente, el mismo autor incluye nueve factores variables, a saber: a) Constitución corporal. b) Temperamento. c) Inteligencia. d) Carácter. e) Previa experiencia. f) Constelación. (Clima o temple). g) Tipo medio de la reacción colectiva aplicable a la situación. h) Modo de percepción de la situación por parte del delincuente. Todos ellos forman parte de los "complejos determinantes de la acción delictiva". (141)

Tomando como base las diferentes combinaciones que pueda hacerse con estos factores en el juicio de la valoración psicológica del delito, aparecerá el grado de responsabilidad del sujeto, que nos llevará sin remedio a la graduación de la pena.

Los complejos determinantes de la acción delictiva han sido considerados en la valoración de la responsabilidad; están incluidos en las circunstancias para la individualización de las sanciones, en los artículos 51 y 52 del CPF vigente.

(31) LA CONCEPCION FILOSOFICA.

Dentro de las ciencias existe una llamada filosofía, lo mismo que una filosofía de la ciencia jurídico-penal, podemos incluir a la filosofía del delito. Nuestro objeto de conocimiento entra a conformar la cultura humana y la filosofía se hace cargo de formarle su caudal de sabiduría.

(137) IDEM.

(138) IBIDEM.

(139) IDEM.

(140) MIRA Y LOPEZ. *Manual de Psicología Jurídica*. p. 94, Editorial El Ateneo. Buenos Aires, 1961.

(141) IDEM.

En verdad, todo el concepto del delito se deriva de los principios éticos y morales que forman parte de la filosofía, las normas morales le brindan su esencia a los principios normativos jurídico-penales. Estos postulados deben encontrarse en constante evolución, tal y como cambia la moral del hombre. (142)

Expresar una definición filosófica del delito como ente jurídico no es una tarea que dé frutos, ya que tendría que ser aceptada en todo tiempo y lugar, como cualesquier de sus postulados, lo cual no es posible porque la filosofía no es fija ni universal. El concepto del delito atenderá al desarrollo humano.

Lo que sí puede afirmarse es que en la consideración de las conductas que pueden integrar un delito, el legislador de lo jurídico-penal tendrá que atender a ciertos principios filosóficos, valorando las diferentes expresiones del derecho, para tutelar las que son fundamentales, incluyéndolas en los catálogos de los delitos-tipo.

(32) LA CONCEPCION CRIMINOLOGICA.

En el campo de la criminología, el problema de conceptualizar al delito es bien distinto, porque ya no vemos a considerar al ente jurídico-penal sino al fenómeno social. Así, tenemos que los criminólogos hablan de la conducta social y de la desviada; los delitos quedan comprendidos dentro de esta última categoría.

La conducta social es aquella que se traduce en la forma de comportamiento que se apega estrictamente a las normas de la convivencia social, morales, religiosas y jurídicas, y que está encaminada a cumplir con el bien común. No transgrede las normas conductuales de especie alguna.

La conducta desviada, en el área de la criminología, tiene tres aspectos fundamentales, a saber: 1) Conducta asocial. 2) Conducta parasocial. 3) Conducta antisocial. Se les explica en los términos que mencionaré a continuación:

1) Conducta asocial: Carece de contenido en sociedad y no está relacionada con las normas de convivencia establecidas. Ejemplos: El alcoholismo y la toxicomanía.

2) Conducta parasocial: No acepta los valores que ha adoptado la sociedad, aunque no los lesiona ni los destruye. Así tenemos a la meditación y a los anacoretas.

3) Conducta antisocial: Atenta contra el bien común y la estructura básica de la sociedad, transgrede las normas morales, sociales, religiosas y jurídicas, lesiona o destruye los valores fundamentales que ha creado el grupo. Verbi gratia: El delito, que va en contra de los valores jurídicos.

Hay conductas antisociales que no son delictivas y conductas delictivas que no son antisociales, según los catálogos. Para explicar al delito en sentido estricto, la criminología echa mano del dogma jurídico: *Nullum crimen nulla poena sine lege* (no hay delito ni pena sin ley).

(33) LA CONCEPCION LEGAL.

También puede obtenerse el concepto del delito de los códigos penales, las concepciones que se dan en ellos son variadas y pueden ser analíticas o atomizadoras; también las hay bitónicas, tritónicas, tetratónicas, pentatónicas, hexatónicas, heptatónicas, etc., según el número de sus elementos.

El CPF de 1931 que aún se encuentra vigente en nuestro país, define al delito como: "El acto u omisión que sancionan las leyes penales". Considera que sus elementos son dos: La conducta (acto u omisión) y la punibilidad (sanción de las leyes penales), adoptando una concepción bitónica.

(142) "Esta fuente de responsabilidad jurídico-penal no tiene cánones inmutables, sino que obedece al sistema de cultura de cada época y lugar". MARTINEZ PAZ. *Filosofía del Derecho*. Libro Primero. Parte Primera.

Ni que decir que esta fórmula del legislador de 1931 está mal estructurada y es incompleta e inoperante. En primer lugar alude al acto u omisión, en vez de reconocer que las formas de conducta son la acción y la omisión y olvidando que ambas pueden ser fraccionadas en actos.

Excluye que esa conducta además debe ser típica, antijurídica y culpable, para que pueda ser castigada. Incluye a la punibilidad, que no es un elemento del delito sino la consecuencia de que se integre en el mundo jurídico y que en ocasiones, por motivos de política penal, no es aplicada (excusas absolutorias).

En un intento por superar esta concepción legal plagada de errores, encontramos dentro de las leyes penales mexicanas vigentes el concepto que nos da el Código Penal de Guanajuato, que en su artículo 110. dice que "delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible" (concepción hexatémica).

Respecto a este concepto, puede anotarse las siguientes críticas: De acuerdo con la definición de imputabilidad que nos brinda el mismo articulado guanajuatense (143), ésta no es un elemento del delito sino una característica del autor; por lo tanto, no debe incluirse.

También estimo que en la concepción que criticamos la punibilidad saldrá sobrando como elemento del delito, por las razones que ya asenté. Con un mejor pensamiento técnico-jurídico, algunos códigos penales, entre ellos el de Veracruz, han optado por suprimir la definición de su cuerpo de artículos. (144)

Consideran que en los textos legales no debe definirse al delito, dado que en su parte especial se hace mención específica de las conductas conceptuadas como tal. La definición legal puede ser prescindible, mas no lo es la que se hace con fines de enseñanza-aprendizaje. Con ese objetivo, los autores han dado múltiples conceptos. (145)

(34) LA CONCEPCION DOGMATICA.

Al aceptar que podemos descomponer al delito en un determinado número de elementos, tendré que hacer alusión al concepto dogmático, tanto en su aspecto positivo como en el negativo. Este no es otra cosa que la obtención de cada uno de los elementos comprendidos en la definición de este ente jurídico, de los postulados de los códigos penales, que son los dogmas.

(a) LA CONCEPCION DOGMATICA EN EL ASPECTO POSITIVO DEL DELITO.

El aspecto positivo del delito comprende a los elementos que deben ser reunidos para declarar su existencia en el mundo jurídico. En la teoría tradicional se considera a siete, que son obtenidos de los siguientes preceptos del CPF:

1. Conducta o hecho: Artículo 7º y del verbo rector de cada delito-tipo en particular.
2. Tipicidad: Adecuación total a cualesquier de los tipos legales contenidos en la parte especial.
3. Antijuridicidad: Cuando la conducta o hecho (siendo típicos), no encuentran amparo en alguna de las causas de justificación o licitud.
4. Imputabilidad: Artículo 15º, fracción II, interpretado a contrario sensu.
5. Culpabilidad: Artículos 8º y 9º

(143) Art. 35º a contrario sensu (capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y determinar la conducta de acuerdo con esa comprensión).

(144) Sólo da el tratamiento del delito en el Título Segundo, abarcando diez capítulos.

(145) Para obtener las definiciones del delito de diferentes autores, puede consultarse la Bibliografía citada al final de esta Sección Preliminar, Inciso (I), Las referencias bibliográficas.

6. **Condiciones objetivas de punibilidad:** Cuando el delito-tipo las pida.

7. **Punibilidad:** Artículo 7º y de las sanciones establecidas en cada delito-tipo.

(b) LA CONCEPCION DOGMATICA EN EL ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO.

El aspecto negativo del delito comprende las hipótesis que originan su inexistencia jurídica. A la inversa del aspecto positivo, en donde deben presentarse los siete elementos que lo forman sucesivamente aquí, al corroborar la existencia de una causa se acaba el proceso de la valoración, declarando su inexistencia jurídica.

Cada uno de los elementos del aspecto positivo tiene su causa contraria, que nos sirve para negarlo. Dogmáticamente se obtienen del CPF así:

1. **Ausencia de conducta:** Artículos 7º Primera Parte, a contrario sensu y 15º, fracción II.

2. **Atipicidad:** Cuando no exista una adecuación completa al tipo o cuando no haya uno al cual referir la conducta.

3. **Causas de justificación o licitud:** Legítima defensa (art. 15º, fracción III), estado de necesidad (art. 15º, fracción IV), ejercicio de un derecho (art. 15º, fracción V), cumplimiento de un deber (art. 15º, fracción IV), impedimento legítimo (art. 15º, fracción VIII) y obediencia jerárquica (art. 15º, fracción VII).

4. **Inimputabilidad:** Artículo 15º, fracción II.

5. **Inculpabilidad:** Artículos 8º y 9º, a contrario sensu.

6. **Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad:** Si exigiéndolas la ley, llegasen a faltar.

7. **Excusas absolutorias:** Artículo 375º

(35) MI CONCEPCION DEL DELITO.

Ni qué decir que acepto en mi concepción del delito que puede dividirse en un determinado número de elementos (analítica); considero que el ente jurídico está compuesto por cuatro elementos (tetraédrica). Estos son los siguientes: Elemento subjetivo-material (conducta), elemento regulador (tipicidad), elemento valorativo (antijuridicidad) y elemento normativo (culpabilidad). (146)

A la imputabilidad la sitúo dentro de los componentes del elemento subjetivo-material; a las condiciones objetivas de punibilidad las aparto, porque aún no las conozco si no es en la teoría y a la punibilidad la estudio aparte, porque la considero como consecuencia del delito.

Quiero aclarar además, que si técnicamente (en mi técnica jurídica personal) los denomino como elementos subjetivo-material, regulador, valorativo y normativo, no es porque considere que cada una de esas características es exclusiva de alguno de ellos, sino que es la que sobresale.

En realidad, el único elemento que tiene un carácter subjetivo del sujeto que realiza la acción u omisión (conducta) es el primario, al cual llamo elemento subjetivo-material; en los demás, el aspecto subjetivo pertenece a la persona que valora el delito (autoridad ministerial o judicial).

Todos estos elementos tienen la característica de ser reguladores, valorativos y normativos, en virtud de que sus bases están reguladas en las disposiciones legales, todos deben ser valorados y ver están relacionados con las normas que conforman los catálogos de normatividad jurídica.

Para poder adoptar la denominación que les doy, he tomado en cuenta los caracteres que tienen una mayor trascendencia en el momento en que cada uno de ellos es valorado; es decir el que resalta en el proceso, para que de él tome el nombre con el que habremos de designarlo.

Así, la conducta atenderá en su valoración al aspecto subjetivo-material, la tipicidad al regulador, la antijuridicidad al valorativo y la culpabilidad al normativo, recordando que en las valoraciones jurídicas de cada uno de ellos habrán de entrar en juego todos estos aspectos.

También pienso que su concepto puede o no ser incluido en los textos de los catálogos de nomatividad que serán convertidos en leyes jurídicas y que cuando esto se haga servirá para enunciar el principio de legalidad o de reserva, que puede adoptar una redacción diferente y no forzosamente definiendo al delito.

Además, toda concepción que se tenga del ente jurídico-penal deberá tomar en cuenta los principios básicos de nuestra ciencia, porque no son suficientes los conceptos de otra índole, en el entendido de que para efectos de la relación procesal-penal sólo será considerado como delito lo que la ley tipifique como tal.

Sobre estas consideraciones construyo mi definición: El delito es la conducta que reúne los pormenores que expresa un delito-tipo, que tiene carácter antijurídico, a la cual puede fundársele un juicio de culpabilidad o temibilidad, que acarrea para el responsable las consecuencias previstas en la ley penal como sanciones.

En forma preliminar voy a dar un concepto de cada uno de los elementos que, pienso, entran en la composición del aspecto positivo del delito:

1. **Elemento subjetivo-material (conducta):** Es la manifestación intensional de la voluntad, en forma de acción u omisión, que produce un resultado (querido o no), de naturaleza jurídica o material.
2. **Elemento regulador (tipicidad):** Es la adecuación o conformidad con todos y cada uno de los requisitos descritos en el marco de explicitación de un tipo legal.
3. **Elemento valorativo (antijuridicidad):** Es la contradicción al deber ser que emana de los postulados de las normas jurídico-penales, no amparada por una justificante.
4. **Elemento normativo (culpabilidad o temibilidad):** Es el reproche jurídico a la conducta típica y antijurídica, cuando el autor actuó libremente, le era exigible actuar conforme a lo jurídico y su comportamiento le es reprochable; o bien, la conducta típica y antijurídica que infunde temor a la sociedad.

Desde luego que al dar estos conceptos previos, estoy adelantándome al estudio completo de cada uno de tales elementos del delito y no ignoro todas las consecuencias problemáticas que pudieran surgir aunque trataré de analizarlos a plenitud en los apartados subsecuentes.

Cabe que haga la aclaración de que éstas son solamente definiciones preliminares y que cada uno de los conceptos que he brindado ha de quedar perfectamente delineado cuando me dedique a estudiarlos en forma concreta. Aquí simplemente ofrezco una idea general de ellos.

Todos los elementos que enumeré en mi concepción del delito, precisan para integrarse de otros requisitos; así, tenemos los siguientes:

ASPECTO POSITIVO:

- A) **ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL O CONDUCTA:** Formas de manifestación de la voluntad + voluntad simple o consciente + intensión (o intensidad de la voluntad) + resultado + relación entre la conducta y el resultado.
- B) **ELEMENTO REGULADOR O TIPICIDAD:** Existencia del delito-tipo + adecuación total a sus elementos, requisitos o peticiones.
- C) **ELEMENTO VALORATIVO O ANTILJURIDICIDAD:** Existencia del deber ser jurídico-penal + contrariedad al mismo (no justificada).

D) **ELEMENTO NORMATIVO (CULPABILIDAD O TEMIBILIDAD)**: Ejercicio de la libertad al actuar + exigibilidad de una conducta conforme a lo jurídico + reprochabilidad de la conducta asumida; o bien, un grado de temor.

En el aspecto negativo del delito, cada uno de estos elementos puede ser negado por una determinada cantidad de hipótesis, que producen su anulación en el mundo jurídico; estos supuestos son:

a) **AUSENCIA DE CONDUCTA**: Carencia de manifestación, involuntariedad, inconsciencia, falta de intención, ausencia de resultado o imposibilidad de relacionar la conducta con el resultado.

b) **ATIPICIDAD**: Cuando no hay delito-tipo al cual referir la conducta, o cuando falta la adecuación a cualesquier de sus elementos.

c) **JUSTIFICANTES**: Ausencia del deber ser jurídico-penal o presencia de una norma justificativa (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, impedimento legítimo, obediencia jerárquica o consentimiento del ofendido).

d) **INCUPLABILIDAD**: Coacción, inexigibilidad, irreprochabilidad.

Tomando en cuenta los postulados del CPF, la concepción dogmática de los elementos que enunciado quedará como sigue:

1) **ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL (CONDUCTA)**: Artículos 7º (con sus modificaciones) y verbo rector del delito-tipo (formas de manifestación); 15º, fracciones I y II a contrario sensu (voluntad); 8º y 9º (intención); cada delito-tipo (resultado), y 303º y 304º (relación entre la conducta y el resultado).

2) **ELEMENTO REGULADOR (tipicidad)**: Artículo correspondiente al delito-tipo respectivo (existencia y adecuación al delito-tipo).

3) **ELEMENTO VALORATIVO (anti-juridicidad)**: Espíritu del delito-tipo o deber ser jurídico-penal contenido en la norma (existencia del deber ser y contradicción de él).

4) **ELEMENTO NORMATIVO (culpabilidad o temibilidad)**: Artículos 15º, fracción III a contrario sensu (ejercicio de la libertad al actuar); 15º, fracción IV y 151º y 333º a contrario sensu (exigibilidad). No hay precepto que se adecúe a la reprochabilidad, porque el CPF no consideró la evolución de la culpabilidad. Tampoco hay fundamento para la temibilidad.

I) **AUSENCIA DE CONDUCTA**: Artículo 7º y verbo rector del delito-tipo a contrario sensu (carencia de manifestación de la voluntad); 15º, fracción II (inconsciencia); 8º y 9º a contrario sensu (falta de intención); cuando se produzca el resultado que prevé el delito-tipo (ausencia de resultado), y 303º y 304º a contrario sensu (imposibilidad de relacionar la conducta con el resultado).

II) **ATIPICIDAD**: Cuando no haya delito-tipo al cual referir la conducta o no exista adecuación o conformidad con alguno de sus elementos.

III) **JUSTIFICANTES**: Cuando no exista el deber ser jurídico-penal o se presente alguna de las normas justificativas (artículo 15º, fracciones de la III a la VIII).

IV) **INCUPLABILIDAD**: Artículos 15º, fracción III (coacción), fracción IV, 151º y 333º (inexigibilidad). No hay precepto que se adecúe a la irreprochabilidad.

(F) LOS PRESUPUESTOS, LOS ELEMENTOS Y LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO.

A veces, dentro de la teoría tradicional, se maneja en forma imprecisa estos tres conceptos, y no es porque no se tenga un significado cierto sino porque los doctrinarios los confunden. Por tal motivo, es menester que en este inciso asiente las claras diferencias que existen entre ellos.

Por entrar en juego bienes tan preciados como la vida, la libertad y la dignidad de las personas, es necesario que los términos que se utilizan en términos de la relación procesal-penal sean precisos y que haya un significado standard de cada uno, aunque las definiciones que nos brinden los doctrinarios sean diversas.

Además, en el momento en que el jurista conforme su lenguaje técnico-jurídico, debe atender al significado etimológico y a las diversas acepciones que tiene cada uno de los vocablos que incluirá en su terminología, para evitar las confusiones, dado que esto simplifica el aprendizaje, la enseñanza y la aplicación de la ciencia jurídico-penal.

Si los mismos juristas, jurisconsultos y jurisperitos no entienden a que quiere hacer referencia cada uno de los términos que utilizan, es ilógico que pretendan que otras personas que no están relacionadas con nuestra materia los comprendan; así tratará de dar el significado correcto de los presupuestos, los elementos y las circunstancias del delito.

(36) EL CONCEPTO DE LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO.

El tema de los presupuestos del delito ocasiona grandes discusiones en la doctrina penal; respecto a ellos muy poco se ha podido dilucidar. Descollantes autores como MAGGIORE y ANIOLISEI, sostienen en sus tesis que la categoría de los presupuestos no tiene una especial razón de ser. (147)

Dentro de la teoría de la ciencia jurídico-penal existen dos grandes corrientes, la una está por aceptarles y la otra por negarlos. En la posición que acepta hablar de los presupuestos del delito, suele hacerse una división en dos grupos, a saber: a) Presupuestos del delito y del hecho. b) Sólo presupuestos del hecho.

FORTE PETIT se incluye entre quienes aceptan la última de las categorías mencionadas y suele llamarlas "presupuestos de la conducta o del hecho". (148) Esto lo hace al considerar que el delito puede ser manifestado en una mera conducta o en una conducta y un resultado material.

Juzgo que únicamente existen los presupuestos del delito y que no hay razón alguna para bifurcarlos. No puedo aceptar la dualidad, ya que la conducta (o el hecho) forma parte del ente jurídico y los suyos, lo son del delito. Basta con hacer alusión a los presupuestos del delito.

MANZINI explica que los presupuestos del delito: "Son aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución de la conducta o el hecho, a la existencia de los cuales está condicionada al decir del título delictuoso de que se trata". (149)

FORTE PETIT nos dice: "Nosotros podríamos definir a los presupuestos del delito, suponiendo su aceptación, al decir que son aquellos antecedentes jurídicos previos a la realización de la conducta o el hecho descritos por el tipo, y de cuya existencia depende el título o denominación del delito respectivo". (150)

Como se ha podido observar MANZINI dice que los presupuestos son elementos, lo cual me sirve para reafirmar lo que dije: A los elementos, los presupuestos y las circunstancias del delito, se los maneja en forma imprecisa en la doctrina de la ciencia jurídico-penal.

En mi concepto, los presupuestos del delito son: Los requisitos previos a la manifestación de la conducta delictiva, contenidos en el marco de explicitación del delito-tipo de que se trata o en los postulados rectores de la teoría general del delito, de naturaleza jurídica o material, que deben existir en el momento en que se comete y que, en caso de no concurrir, impiden la aparición de un determinado título delictivo, sin perjuicio de que, en determinadas excepciones, pueda darse otro.

(37) LA CLASIFICACION DE LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO.

Los presupuestos del delito pueden ser englobados en dos grandes categorías, que son: A) Presupuestos del delito generales o genéricos. B) Presupuestos del delito particulares o específicos. Pueden recibir otro calificativo acorde con su generalidad o especificidad.

(147) MAGGIORE. Derecho Penal. Tomo I. p. 276. Editorial Temis. Bogotá, 1954. ANIOLISEI. Op. cit., p. 180.

(148) FORTE PETIT. Op. cit., p. 256.

(149) MANZINI. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. p. 37. Buenos Aires, 1948.

(150) FORTE PETIT. Op. cit., p. 258.

Toman el nombre de presupuestos del delito generales, genéricos o esenciales, los requisitos previos que funcionan para todos los delitos-tipo y que se encuentran en estrecha relación con cada uno de los elementos que, en mi concepto, integran al ente jurídico.

La doctrina tradicional enseña que son presupuestos generales del delito los siguientes: (151) a) La norma penal. b) El sujeto activo. c) El sujeto pasivo. d) La imputabilidad. e) El bien jurídico tutelado. f) El instrumento del delito.

Esta clasificación no se me hace válida. De acuerdo con FORTE PETIT y en mi pensamiento, la norma es el presupuesto de toda la ciencia jurídica; los sujetos, el bien y los instrumentos lo son de la conducta, y de la culpabilidad, modernamente se ha considerado que lo es la imputabilidad.

Si me voy a los extremos, también serían presupuestos del delito: El derecho, la cultura, el hombre, la naturaleza y cualesquiera otra de las exageraciones que se me ocurrieran. No hay que inventar ni buscar complicaciones para la ciencia jurídica. Todo debe tener bases lógicas y científicas. No hay que hablar por gusto.

Como dije que los presupuestos esenciales del delito se relacionan con cada uno de sus elementos, en mi opinión tenemos a los siguientes:

1. La manifestación de la voluntad en una acción u omisión, para el elemento subjetivo-material o conducta, que da pie para que sea iniciada la valoración.

2. La existencia del delito-tipo, para el elemento regulador o tipicidad, que es el fundamento de la relación jurídica.

3. La presencia del deber ser jurídico-penal, para el elemento valorativo o antijuridicidad, que permite comprobar la ilicitud de la conducta.

4. El ejercicio de la libertad al actuar, para el elemento normativo en su faceta de culpabilidad, que da la pauta para fincar la reprochabilidad.

Puedo afirmar que la norma jurídico-penal es el presupuesto de todos los elementos y del delito mismo, ya que si no existe la regulación del comportamiento, ¿cómo es que podría haber ente jurídico-penal? Recuérdese que la zona no inculpada sigue siendo jurídicamente lícita o, más bien, indiferente.

Mi pensamiento también está por estimar que cada uno de los elementos del delito puede funcionar --en la valoración jurídica-- como presupuesto del que le sigue en el orden lógico: Así, tenemos que el subjetivo-material lo es del regulador; este a su vez lo es del valorativo y éste lo será del normativo.

La sanción (punibilidad o punición), como consecuencia del delito, exige como presupuesto la aparición de todos y cada uno de los elementos que componen al ente jurídico, ya que ellos nos sirven para integrarlo y en el supuesto de que uno solo se anule, no podrá aplicarse sanción alguna (bien sea pena o medida).

Como vimos es muy fácil entender la definición y la categoría de los presupuestos del delito generales, genéricos o esenciales y notamos que existe uno para cada elemento. Como su nombre lo indica deben aparecer antes del supuesto (elemento), para que éste tenga existencia.

Los presupuestos del delito particulares, específicos o accidentales, son aquellos requisitos previos a su realización, de naturaleza jurídica o material, propios de cada delito-tipo que los solicite y que en caso de no concurrir impiden la calificación de un determinado título delictivo, sin perjuicio de que pueda darse otra, por excepción.

Puede señalarse a título de ejemplo, del presupuesto particular material, al embarazo, en el delito-tipo de aborto, y como particular jurídico la relación de parentesco en los delitos-tipo de infanticidio, parricidio e incesto, así como la tenencia o posesión derivada, en el delito-tipo de abuso de confianza.

Anoté que la ausencia de este presupuesto esencial, particular o accidental impide la existencia de la calificación del título delictivo de que se trata, en el caso concreto. Procedo a explicar esta situación tan interesante.

Cuando falta el presupuesto general no hay mayor problema, hace desaparecer al delito, al impedir que se configure el elemento respectivo. Así, si no se da la manifestación de la voluntad en una acción u omisión, no habrá elemento subjetivo-material (conducta) y con ello se estima la posibilidad de integrar al delito.

Un caso diferente lo será que se dé una manifestación de la voluntad distinta a la que exige el tipo, porque si se pide privación de la vida y existe la alteración de la salud, tendremos que proceder a tratar de integrar un delito de lesiones y no de homicidio, en virtud de que tenemos que dar una calificación exacta al delito.

En una hipótesis diversa, cuando el presupuesto del delito tiene la característica de ser particular, puede dar origen a otra calificación del título delictivo, por excepción, esto es lo que en la doctrina penal ha sido denominado como *variación o traslación de tipo*.

La verdad es que tal fenómeno no existe, porque los elementos del delito no pueden clasificarse o variarse de tipo en tipos a ver en el encaje. Simplemente y en casos muy contados, el título delictivo que debe dársele al caso concreto que analizamos, es otro diverso.

En la valoración jurídica —más aún en la de la autoridad judicial—, no puedo saltarme del tipo de robo al de incesto y a ver con cuál me quedo. Se configura un delito o no y, a veces, la falta de este elemento típico, llamado "presupuesto", hace que los hechos concuerden en un delito-tipo diferente, aunque siempre de la misma familia de bienes jurídicos, nunca de una diversa.

Así por ejemplo, la falta del presupuesto particular, especial o accidental del embarazo, impide la calificación del delito de aborto y deja subsistente la posibilidad de integrar el de lesiones, si se dan todos sus elementos constitutivos. Ambos pertenecen a la familia de los tipos en contra de la vida y la salud.

Cuando no se da el presupuesto particular jurídico de la relación de parentesco en el tipo de parricidio, tendría que llegar a ser calificado como homicidio, ambos pertenecientes al mismo género de bienes jurídicos. Empero, no podríamos llegar a decir que del homicidio nos trasladamos al robo.

En los dos supuestos mencionados, debe probarse y comprobarse que además se den todos los elementos del delito, para que pueda serle otorgada a los hechos cuestionados, la calificación diversa. Como vemos, el calificativo de "variación o traslación de tipo" no es tal.

Sucede que el cambio de título delictivo sólo puede originarse a nivel de las funciones de la autoridad ministerial, ya que si la consignación se hizo por un delito y resulta que es otro el que se integra, a la autoridad judicial no le está permitido subsanar los errores en que incurrió el Ministerio Público y tendría que dictar sentencia absolutoria.

(38) EL CONCEPTO DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

Se llama "elementos del delito" a las notas esenciales del ente jurídico-penal, a los requisitos que tenemos que reunir para llegar a integrarlo en el mundo de la juridicidad. Dentro de la doctrina tradicional se les ha designado con diferentes denominaciones, atendiendo a su concepción unitaria o totalizadora y analítica o atomizadora.

CARRARA los llamó "fuerzas del delito"; CAVALLO simplemente les dice "requisitos del delito" y algunos autores más bien dicen que su nombre acertado es el de "presupuestos de punibilidad". Dentro de la concepción unitaria o totalizadora, reciben el de "aspectos" o "caracteres."

A mí entender, el término exacto para nombrar a las notas esenciales que debe reunir el delito en el mundo jurídico es el de elementos. Procedo a explicarme. En primer lugar lo es, porque acepto la concepción analítica o atomizadora, que dice que el ente jurídico podemos descomponerlo en ellos. En un segundo plano, me apoyo legalmente en la redacción de los artículos 19º del CPÉUM y 97º y 117º, fracción I del CPP, que en su cuerpo nos hablan de los "elementos del delito". Es la denominación tradicional y es la exacta, atendiendo a que "elemento" significa "componente", parte esencial de algo.

Quiero hacer el recordatorio de que el vocablo "elemento" deriva del término latino *elementum*, que significa lo siguiente: Es todo aquello de que se requiere para formar algo, que es a la vez su fundamento y que constituye su base. Sin elementos, ese algo no puede llegar a ser integrado.

Considero que los elementos del delito son los requisitos sine qua non (sin los cuales no), de que se precisa para que el ente jurídico-penal pueda llegar a tener positiva existencia y que, en el caso de que falten, originan su ausencia en el mundo jurídico impiden su valoración.

Reitero que si hablamos de los elementos del delito es porque nos hemos acogido a la concepción analítica o atomizadora, que permite descomponer al ente en la ficción jurídica, en un determinado número de componentes, para estudiarlo íntegramente. Quienes tengan un concepto unitario o totalizador, no deben mencionarlos sino a los caracteres o aspectos.

Siempre que hablemos de los elementos del delito estaremos aceptando su descomposición, para un análisis integral que nos permita probar y comprobar que existe tanto en el mundo fáctico como en el jurídico, procediendo a su valoración y a su calificación a la luz de los principios del área de la juridicidad.

(39) LA CLASIFICACION DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

Voy a decir que a estas notas del delito se las puede dividir en dos categorías fundamentales y éstas son: a) Elementos generales, genéricos o esenciales. b) Elementos del delito particulares, específicos o accidentales. Tal y como se ha hecho con los presupuestos.

Por elementos del delito generales deberá entenderse a aquellos requisitos sine qua non, que nos sirven para integrar a cualesquiera de las clases de títulos delictivos particulares o especiales; al faltar uno solo de ellos, el ente no puede llegar a tener existencia en el mundo jurídico.

Se encuentran conectados con la concepción analítica o atomizadora, que habla de un determinado número de ellos y que varía según la idea del doctrinario o la legislación que consideremos, de dos a siete, dando lugar a conceptos bitómicos, tritómicos, tetratómicos, pentatómicos, hexatómicos y heptatómicos.

Para la doctrina clásica, los elementos generales del delito se cuentan en número de siete y en este orden son: Conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad.

Considero que los elementos generales, genéricos o esenciales del delito son solamente cuatro y los enumero a continuación:

1. ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL O CONDUCTA.
2. ELEMENTO REGULADOR O TIPICIDAD.
3. ELEMENTO VALORATIVO O ANTIJURIDICIDAD.
4. ELEMENTO NORMATIVO O CULPABILIDAD, O TEMIBILIDAD.

Los tradicionalistas hablan de los elementos del aspecto negativo de delitos generales y dicen que son: Ausencia de conducta, atipicidad, causas de licitud o justificación, imputabilidad, inculpabilidad, ausencia de condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias.

Pienso que el término "elemento" sólo debe ser utilizado en el aspecto positivo del delito y no en el negativo. En este caso debe usarse el vocablo "hipótesis" o, si se quiere, "supuestos del aspecto negativo del delito" o "de ausencia del delito." Son los que impiden su aparición en el mundo jurídico.

De acuerdo con el significado de "elemento", el término no debe ser empleado en el aspecto negativo porque tendríamos que verificar la presencia de todos los supuestos posibles, para declarar inexistente al delito y vinos que con una sola de estas hipótesis nos basta para hacerlo, no es necesario que concurran todas, como en el aspecto positivo.

Las hipótesis del aspecto negativo del delito o supuestos de su ausencia en el mundo jurídico, se cuentan en número de cuatro (las genéricas) y son:

1. AUSENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL O AUSENCIA DE CONDUCTA
2. AUSENCIA DEL ELEMENTO REGULADOR O ATÍPICIDAD.
3. AUSENCIA DEL ELEMENTO VALORATIVO O JUSTIFICACION.
4. AUSENCIA DEL ELEMENTO NORMATIVO O INculpABILIDAD.

Además, en mi concepto, cada uno de los elementos del delito posee, a su vez, sus propios presupuestos o elementos que vienen a ser:

A) ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL (conducta): Formas de manifestación de la voluntad (presupuesto), voluntad simple o consciente, intención, resultado y relación entre la conducta y el resultado (elementos).

B) ELEMENTO REGULADOR (tipicidad): Existencia del delito-tipo (presupuesto) y adecuación total a sus requisitos (elemento).

C) ELEMENTO VALORATIVO (antijuridicidad): Existencia del deber ser jurídico (presupuesto) y contradicción a él, no justificada (elemento).

D) ELEMENTO NORMATIVO (culpabilidad): Ejercicio de la libertad al actuar (presupuesto), exigibilidad y reprochabilidad (elementos), o temibilidad (grado de temor social) presupuesto y elemento a la vez.

Las hipótesis generales del aspecto negativo del delito pueden presentarse por diferentes causas específicas, a saber:

1. AUSENCIA DE CONDUCTA: Falta de manifestación de la voluntad, involuntariedad, inconsciencia, ausencia de intención, carencia de resultado e imposibilidad de relacionar la conducta y el resultado.
2. ATÍPICIDAD: Inexistencia del delito-tipo y no adecuación a cualesquier de sus elementos.
3. JUSTIFICACION: Inexistencia del deber ser jurídico o presencia de una norma justificativa.
4. INculpABILIDAD: Coacción, inexigibilidad e irreprochabilidad.

También se habla de los elementos del tipo y ellos son los requisitos especiales *sine qua non* que pide la norma en la cual está descrita o tipificada la conducta delictiva. De ellos hablaré en otro apartado distinto.

Por otra parte tenemos a los elementos particulares, específicos o accidentales, que son los requisitos *sine qua non* que integran a un delito en particular o especial y de cuya existencia depende la calificación de un determinado título delictivo. Le imprimen a la figura un sello particular y son también la mención tácita o expresa de los elementos del delito en la norma.

FORTE PETIT los define así: "Debemos entender por elemento esencial especial, aquel que requiere la figura delictiva; elemento que cambia de una figura a otra del delito, imprimiéndole un sello particular". (152)

Este mismo autor (153) nos dice que los elementos especiales, particulares o accidentales del delito, son los siguientes:

- a) Elementos esenciales materiales u objetivos.
- b) Elemento esencial especial normativo.
- c) Elemento esencial especial psíquico.
- d) Elemento esencial especial subjetivo del injusto.

(152) FORTE PETIT. Op. cit., p. 272.

(153) IDEM. pp. 272/3.

En mi concepto, los elementos particulares o accidentales del delito son: Una conducta, una tipicidad, una antijuridicidad y una culpabilidad particularmente dirigidas a la calificación de un título delictivo determinado.

Así por ejemplo, en el delito de robo debe haber una conducta de robo, una tipicidad de robo, una antijuridicidad de robo y una culpabilidad de robo. Esto se entenderá mejor si se lee en la Sección Segunda relativo a la teoría general de la tipicidad. (154)

(40) EL CONCEPTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO.

En la doctrina tradicional del delito se dice que dentro de sus elementos puede hacerse una clasificación en accidentales, que no sirven para determinar la existencia del ente jurídico y que únicamente aumentan o disminuyen la sanción. Aquí están refiriéndose nada más y nada menos que a las circunstancias.

FORTE PETIT nos lo explica así: "Los elementos accidentales no contribuyen a la existencia del delito, su función es la de agravar o atenuar la pena; en suma, es lo que la doctrina llama circunstancias y que originan los tipos complementados, circunstanciados o subordinados, cualificados o privilegiados, según aumenten o disminuyan la pena". (155)

Este criterio me sirve para reafirmar que los términos presupuestos, elementos y circunstancias del ente jurídico suelen ser confundidos por los autores. Las circunstancias no pueden ser elementos del delito, puesto que son requisitos *sine qua non* para su integración en el mundo jurídico.

Le doy el nombre de circunstancias del delito, a los requisitos que le son agregados a una figura delictiva general o particular y que le sirven a la autoridad judicial para graduar la sanción (pena o medida de tratamiento especializado), que individualizará e impondrá al autor responsable de su comisión.

Con un poco de redundancia, que ha de perdonársene, diré que las circunstancias del delito pueden ser agravantes o atenuantes, según tengan como fin agravar (aumentar) o atenuar (disminuir) la sanción que debe imponerse al sujeto activo del delito, al finalizar el proceso de la valoración judicial, una vez que hayan quedado comprobadas.

Su primera y general función es la de dar a la autoridad judicial las bases para buscar un término entre el mínimo y el máximo de la punibilidad típica de que se trate, con base en su prueba. En segundo lugar, si son específicas, aumentarán o disminuirán el término indicado.

Como todos los hechos a que está referida la relación procesal-penal específica, las circunstancias del delito deben ser objeto de prueba y de una especial valoración por parte de las autoridades ministerial y judicial, para comprobar su existencia y utilizarlas como parámetro para graduar las sanciones.

La aparición de las circunstancias del delito da lugar a un tipo circunstanciado o subordinado, que también puede llamarse calificado o atenuado. Se refieren al tiempo, al lugar, a la persona o a la forma de ejecutar el comportamiento típico.

(41) LA CLASIFICACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO.

Quando procedemos a clasificar las circunstancias del delito, podemos decir que las hay generales, genéricas o esenciales y particulares, específicas o accidentales, utilizando la misma clasificación que para los presupuestos y los elementos. Trataré de explicarlas en términos sencillos.

A las circunstancias del delito generales, genéricas o esenciales se las especifica en la parte general de los códigos penales y funcionan para todos los delitos-tipo en particular o especiales, para que la autoridad judicial pueda tasar la sanción (pena o medida de tratamiento especializado), tomándolas como fundamento.

(154) INFERA. Sección Segunda. Capítulo Segundo. Inciso (c). Número (127) Los Elementos del Delito-tipo.

(155) FORTE PETIT. Op. cit., p. 27.

En el CPF las circunstancias generales del delito quedan para su aplicación al libre y prudente arbitrio del juzgador, considerando lo que establecen los artículos 51º y 52º, que regulan las reglas para aplicar e individualizar las sanciones penales establecidas en la parte especial.

El artículo 51º nos habla de las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del autor del delito. En el numeral 52 se dice que el juez tomará en cuenta la naturaleza de la acción, los medios, la extensión del daño, el peligro, la edad, la ilustración, costumbres, conducta precedente, motivos, condiciones económicas, especiales y personales, vínculos de parentesco, antecedentes, relaciones sociales, tiempo, lugar, modo y peligrosidad.

Es redundante y casuística la redacción de ambos preceptos; basta con que en uno solo se dijera lo que marca la norma 51, o bien, con manifestar que al individuo debe considerársele como un ente biopsicosocial, término que engloba todo lo que el legislador de 1931 quiso expresar y no lo logró.

Para efectos de individualizar la punibilidad que marca el delito-tipo, sí que debe ser considerado el ente como un fenómeno social, que el mundo de la juridicidad se encargará de valorar a efecto de fundamentar el juicio de reproche y de responsabilidad y proceder a sancionar a su autor.

Tanto las penas como las medidas de tratamiento especializado, deben encontrar todas las bases adecuadas para imponerle al sujeto activo del delito una duración de la pena acorde con la conducta que ha ejecutado y sus peculiaridades, ya que tiene que especificar la punibilidad genérica.

Las medidas de prevención general y especial de carácter penal, deben encontrar su basamento en todas y cada una de estas características para legitimar su imposición, puesto que su legalidad nos la brinda esa parte del delito-tipo que recibe el nombre de punibilidad.

Las circunstancias del hecho punible particulares, específicas o accidentales, son requisitos que puede contener la descripción típica o que le son agregados; solamente funcionan para determinadas figuras y tienen por cometido agravar o atenuar la sanción penal que debe imponérsele al autor.

Las circunstancias particulares originan un tipo especial cualificado o privilegiado, si es que están contenidas en el marco de explicitación legal y aumentan o disminuyen la duración de las sanciones, respectivamente. Así podemos citar a título de ejemplo al parricidio y al infanticidio, por móviles de honor.

Cuando le son agregadas a la figura delictiva dan lugar a un tipo circunstanciado, complementado o subordinado, que puede ser agravado o atenuado (calificado o privilegiado). Por ejemplo, diremos que puede ser un homicidio premeditado y las lesiones inferidas en rina, respectivamente.

En ocasiones hacen referencia a los medios empleados en la ejecución del delito (robo con violencia), a un acto específico (fuerza física en la violación sexual) o al lugar en que es cometida la conducta delictuosa (robo en casa-habitación, abigeato en paraje solitario, etc.).

(42) LAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LOS PRESUPUESTOS, LOS ELEMENTOS Y LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO.

Las semejanzas entre estas tres instituciones jurídicas son las siguientes:

*Los presupuestos, los elementos y las circunstancias del delito funcionan para su constitución, sean genéricos o específicos.

*Todos ellos están previstos en los postulados doctrinarios y legales.

*Los tres pueden ser clasificados como generales, genéricos o esenciales y particulares, específicos o accidentales.

*Son instituciones jurídico-penales.

*Todos deben ser tomados en consideración en el momento de sopesar al delito.

*Los tres deben ser objeto de prueba y comprobación.

Entre las diferencias que puede encontrarse, tenemos:

*Los elementos son requisitos *sine qua non* a la existencia del delito; los presupuestos son requisitos previos a su realización y las circunstancias los requisitos que se le agregan.

*Los presupuestos y los elementos deben contenerse en el marco de explicitación del delito-tipo; en cambio, las circunstancias pueden estar contenidas o ser agregadas a la descripción típica.

*Los presupuestos deben existir con anterioridad y en el momento de la comisión de la conducta delictiva; los elementos se integran en el instante en que ésta es realizada, al igual que las circunstancias.

*Cuando el presupuesto del delito no concurre impide la calificación del título delictivo, sin perjuicio de que pueda llegar a darse otra; cuando falta el elemento el ente no puede llegar a nacer en el mundo jurídico y si no se da la circunstancia, únicamente se ve alterada la penalidad.

*Hay un presupuesto por cada uno de los elementos del delito que sean considerados; en cambio las circunstancias sólo funcionan en determinadas figuras, cuando son particulares.

*Cada uno de los elementos del delito está integrado a la vez por otros elementos, no así los presupuestos y las circunstancias.

*Para valorar los presupuestos y las circunstancias del delito, la ciencia jurídico-penal se vale de otros postulados científicos (hermenéutica cultural); en cambio, en la valoración de los elementos es fundamentalmente jurídica.

*La aparición de los presupuestos, en determinados casos, cambia la calificación del delito. Los elementos son constantes en todas las figuras delictivas y la inclusión de alguno en especial altera la esencia del ente jurídico. Las circunstancias únicamente sirven para modificar la penalidad.

(G) EL ORDEN LOGICO ENTRE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

Dentro de los componentes del delito, existe un orden preestablecido por la ciencia jurídico-penal; hay también una relación de elemento a elemento, de carácter indisoluble. Entiéndase que la ordenación solamente funciona en la ficción jurídica, no así en la realidad fáctica.

Mucho se discute en la doctrina tradicional, sobre si ese orden ha de llamarse "prioridad" o "prelación" y si ha de ser "lógico" o "cronológico". He optado por llamarle orden lógico y voy a proceder a dar las explicaciones pertinentes para justificar mi aserto.

(43) LA IMPORTANCIA DEL ORDEN.

La verdad es que el delito en la realidad fáctica forma un todo indisoluble y que la separación en un determinado número de elementos se hace tan sólo en el mundo jurídico y didáctico, a fin de que logremos un estudio íntegro y sistemático del mismo. Como en todo conocimiento científico, el orden es imprescindible.

Tiene que reconocerse que cada uno de los elementos en los cuales desintegramos al ente, guarda una estrecha relación con los demás, habida cuenta de que son partes de un todo y no podemos elegirlos al azar para su valoración jurídica. El orden forma parte de la sistematía que tanto he manejado.

Tal y como se ama un rompecabezas, tenemos que ir colocando una a una las piezas del ente jurídico, en el lugar exacto, para que la figura tome su forma ideal. Voy a decirlo así: El delito es un rompecabezas jurídico-penal y sus piezas tienen que ir siendo colocadas en el lugar y en el orden prefijado.

La ordenación importa primordialmente para los fines didácticos y de aplicación en la práctica forense de los principios de la relación procesal-penal. No resultaría lógico analizar la culpabilidad del inculcado, si previamente no se ha probado y comprobado que existió una conducta típica y antijurídica.

Como se hace en la valoración de los contratos-tipo en el área civil, por ejemplo, se tiene que observar que vayan reuniéndose todos y cada uno de los elementos que componen a nuestro ente jurídico, para declarar la existencia o inexistencia del delito, en su caso.

Ese orden es vital habida cuenta de que, como ya sabemos, cada uno de los elementos del delito en su aspecto positivo tiene varias hipótesis, que en el aspecto negativo le sirven para anularlo e impedir su aparición en el mundo jurídico-penal y fundamentar la penalidad o no penalidad.

Puede verse que el orden del cual hablo resulta lógico y no cronológico, ya que ni en la realidad fáctica los elementos del delito aparecen en un tiempo determinado. En el mundo jurídico no nos sirve hablar de la anti-juridicidad, si previamente no han existido la manifestación de la conducta y la adecuación a un tipo legal.

El orden se extiende a los elementos del delito en su aspecto positivo y a las hipótesis genéricas de su ausencia en el negativo; además alcanza a cada uno de los componentes, sin los cuales no podrían existir dichos elementos jurídicos.

Este orden importa muchísimo en la valoración ministerial y judicial del delito, aunque en la práctica actual no se le dé la debida importancia y cada uno la haga como quiera. Si se tomara en cuenta las indicaciones doctrinales, habría más campo en la cárcel y menos gente injustamente condenada.

Entonces, la ordenación de los elementos del delito es de carácter lógico y si se quiere, que se le llame prelación o prioridad o como mejor le parezca a cualquier docto; lo importante realmente, es que en la valoración se siga ese orden prefijado y sean considerados todos los elementos.

En mi concepto deben imperar los términos orden lógico y así he denominado a los incisos que hacen referencia a él. Vale tanto para los elementos del delito en su aspecto positivo, como para las hipótesis del negativo y en ambos casos la valoración jurídica debe ser llevada a cabo respetándolo.

El hecho de observar el orden en el aspecto positivo, implica realizar primero la valoración de los caracteres subjetivos y materiales, después los reguladores, valorativos y normativos, y nos permite integrar al delito y, en el aspecto negativo, la falta de uno solo de ellos nos conduce a su inexistencia jurídica.

(44) EL ORDEN LOGICO EN EL ASPECTO POSITIVO DEL DELITO.

En la doctrina tradicional, como ya dije, son manejados siete elementos del delito en el aspecto positivo, que guardan el siguiente orden: 1) Conducta. 2) Tipicidad. 3) Antijuridicidad. 4) Imputabilidad. 5) Culpabilidad. 6) Condiciones objetivas de punibilidad. 7) Punibilidad.

Para los elementos del aspecto positivo del delito manejaré el siguiente orden:

- I. **ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL** (conducta):
 1. **Presupuesto:** Formas de manifestación de la voluntad.
 2. **Elementos:** Voluntad simple o consciente, intención, resultado y relación entre la conducta y el resultado.
- II. **ELEMENTO REGULADOR** (tipicidad):
 1. **Presupuesto:** Existencia del delito-tipo.
 2. **Elemento:** Contrariedad al deber ser jurídico-penal no justificada.
- III. **ELEMENTO VALORATIVO** (antijuridicidad):
 1. **Presupuesto:** Existencia del deber ser jurídico-penal.
 2. **Elemento:** Contrariedad al deber ser jurídico-penal no justificada.
- IV. **ELEMENTO NORMATIVO** (culpabilidad):
 1. **Presupuesto:** Ejercicio de la libertad al actuar.
 2. **Elementos:** Exigibilidad y reprochabilidad o temibilidad.
 1. **Elemento:** Reacción social.

Cada uno y el elemento que originan deben guardar en la valoración jurídica del delito ese orden lógico, debido a que la ausencia de cualesquier de ellos origina la inexistencia del ente en el mundo jurídico, aunque parezca que se da en la realidad fáctica.

(45) EL ORDEN LÓGICO EN EL ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO.

Para los tradicionalistas, el orden lógico que impera en el aspecto negativo del delito se entiende así: 1) Ausencia de conducta. 2) Atipicidad. 3) Causas de licitud o justificación. 4) Inimputabilidad. 5) Inculpa-bilidad. 6) Ausencia de condiciones objetivas de punibilidad. 7) Excusas absolutorias.

Las hipótesis del aspecto negativo de los elementos del delito, a mi entender, guardan el siguiente orden lógico:

I. AUSENCIA DE CONDUCTA:

- a. Carencia de manifestación de la voluntad.
- b. Involuntariedad.
- c. Inconsciencia.
- d. Falta de intención.
- e. Imposibilidad de relacionar la conducta y el resultado.

II. ATIPICIDAD:

- a. Inexistencia del delito-tipo.
- b. No adecuación a cualesquier de los elementos típicos.

III. JUSTIFICACION:

- a. Inexistencia del deber ser jurídico-penal.
- b. Aparición de una norma justificativa.

IV. INCULPABILIDAD:

- a. Coacción.
- b. Inexigibilidad.
- c. Irreprochabilidad.

Cada una de estas hipótesis hará que se niegue el correlativo elemento del aspecto positivo, impidiendo que se configure el delito en el mundo jurídico-penal, para llegar así a la afirmación de la tutela del derecho.

(II) LOS COADROS SINOPTICOS.

(a) LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES PREVIOS.

DERECHO	Posibilidad de realizar determinados actos, tendientes a la consecución de un fin.
CIENCIA JURIDICO-PENAL	Cuerpo de doctrinas metodológicamente ordenado, referido al estudio de las teorías generales de la ley penal, el delito, la responsabilidad y las sanciones penales, desde los puntos de vista teórico, práctico y normativo.
LEGISLACION PENAL	Conjunto de normas jurídico-penales de carácter público que prescriben o prohíben determinadas conductas y sancionan su inobservancia.
DOGMATICA JURIDICO-PENAL	Parte de la ciencia jurídico-penal que se encarga de estudiar las normas contenidas en la legislación, adecuando los principios de la parte general a los delitos-tipo en particular y especiales, añadiendo críticas y proponiendo reformas.
CIENCIAS PENALES	Disciplinas jurídicas, filosóficas y causal-explicativas, que se conjugan en el estudio de la ley penal, el delito, la responsabilidad, las sanciones penales y el delincuente.
CIENCIAS AUXILIARES	Disciplinas que ayudan en la resolución de cuestiones teóricas, prácticas y normativas
TEORIAS GENERALES	Componentes de la parte general de la ciencia jurídico-penal que se encargan de hacer el estudio genérico de la ley penal, el delito, la responsabilidad y las sanciones penales.

(b) LA CIENCIA JURIDICO-PENAL.

OBJETO DE ESTUDIO

MATERIAL: El derecho.
FORMAL: Las normas jurídicas, los principios penales rectores generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina penal.

METODO DE ESTUDIO

METODO JURIDICO: Pasos: 1. Interpretación inventiva. 2. Construcción y sistematización. 3. Exposición o aportación. 4. Análisis, síntesis, inducción y deducción.

CIENCIA JURIDICO-PENAL

OBJETIVOS

INMEDIATO: Protección de bienes jurídicos fundamentales del individuo, la sociedad y el Estado.

INMEDIATOS: Conservar el statu quo social, buscar una mayor manifestación de justicia jurídica y de equidad.

CARACTERISTICA

Jurídica, pública, preferentemente constitutiva, excepcionalmente sancionadora, normativa, valorativa, y finalista.

TITULAR

El Estado: Solamente él y sus poderes tienen la facultad de establecer los delitos y sus penas.

(c) LAS RELACIONES DE LA CIENCIA JURIDICO-PENAL.

CIENCIA JURIDICO GENERAL:
Marca los principios básicos de todas las disciplinas jurídicas.

CIENCIA JURIDICO:
Sustentos de todas las legislaciones jurídicas.

subordinación

CIENCIA JURIDICO-PENAL:

Igualdad

FILOSOFIA:
Principios filosóficos de todas las ciencias.

HISTORIA:
Evolución de los conceptos y legislaciones jurídicas.

POLETICA:
Creación, reforma e interpretación de la ley penal.

POLETICA PENAL:
Medios de lucha contra el

(d) LA SISTEMÁTICA

SISTEMÁTICA DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL	SISTEMÁTICA DE LA DOGMÁTICA Y LEGISLACIONES PENALES.
<p>PARTE GENERAL</p> <p>Marco conceptual. Teoría general de la Ley penal. Teoría general del delito. Teoría general de la responsabilidad. Teoría general de las sanciones.</p> <p>PARTE ESPECIAL</p> <p>Delitos en particular y sus sanciones específicas. Delitos especiales y sus sanciones específicas.</p>	<p>PARTE GENERAL</p> <p>Ley penal. Delito. Responsabilidad. Sanciones.</p> <p>PARTE ESPECIAL</p> <p>Delitos en particular y sus sanciones específicas. Delitos especiales y sus sanciones específicas.</p>
SISTEMÁTICA DE LAS CIENCIAS PENALES.	SISTEMÁTICA DE LA TEORÍA DEL DELITO.
<ol style="list-style-type: none">1. Ciencias jurídicas.2. Ciencias causal-explicativas.3. Ciencias auxiliares.	<p>ESPERAS DEL DELITO</p> <p>ASPECTO POSITIVO: Existencia y formas de aparición. ASPECTO NEGATIVO: Hipótesis que originan su ausencia en el mundo jurídico.</p>

(e) LOS PRESUPUESTOS, LOS ELEMENTOS Y LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO.

PRESUPUESTOS DEL DELITO:

Requisitos previos a la realización de la conducta delictiva, contenidos en el delito-tipo, que deben existir con anterioridad a su comisión y que, en caso de no concurrir, impiden la calificación de un determinado título delictivo, sin perjuicio de que pueda darse otro.

CLASIFICACION DE LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO:

Presupuestos generales: a) formas de manifestación (elemento subjetivo-material o conducta). b) Existencia del delito-tipo (elemento regulador o tipicidad). c) Existencia del deber ser (elemento valorativo o antijuridicidad). d) Libertad de actuar (elemento normativo o culpabilidad).

Presupuestos particulares: a) La relación de parentesco, en el infanticidio, el parricidio y el incesto o bien, la tenencia o posesión derivada en el abuso de confianza (jurídicos). b) El embarazo, en el aborto (material).

ELEMENTOS DEL DELITO:

Requisitos esenciales, componentes sine qua non del delito, necesarios para su existencia en el mundo jurídico-penal.

CLASIFICACION DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO:

Elementos generales: a) Elemento subjetivo-material o conducta: Formas de manifestación, voluntad simple o consciente, intención, resultado y relación entre la conducta y el resultado. b) Elemento regulador o tipicidad: Existencia del delito-tipo y adecuación a todos sus requisitos. c) Elemento valorativo o antijuridicidad: Existencia del deber ser jurídico-penal y contrariedad a él. d) Elemento normativo o culpabilidad: Ejercicio de la libertad al actuar, exigibilidad y reprochabilidad.* Elemento normativo o temibilidad: Reacción social. Elementos particulares: Conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad específicamente dirigidas al delito de que se trate.

CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO:

Requisitos que son agregados al tipo en general, particular o especial o bien, que se contienen en él y sirven para graduar, agravar o atenuar la sanción penal.

CLASIFICACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO:

Circunstancias generales: Cfr. Artículos 51º y 52º CPF.

Circunstancias especiales: Vgr. Premeditación, alevosía, ventaja, traición, pandilla, cuadrilla, violencia, etc.

ANALITICA O
ATOMIZADORA .

T E T R A T O M I C A ——— S U B J E T I V O - M A T E R I A L ——— R E G U L A D O R ——— V A L O R A T I V O ——— N O R M A T I V O
(cuatro elementos) (conducta) (tipicidad) (antijuridicidad) (culpabilidad o temibilidad)

D E L I T O: La conducta descrita en un código penal o en una ley penal especial en un delito-tipo, que necesita adecuarse a todos los requisitos del modelo legal matizándose con carácter antijurídico, a la cual se le puede fundar un juicio de culpabilidad o temibilidad, que acarrea para su autor las consecuencias que la legislación prevé.

(1) II OPERACION DE DELITO.

ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL O CONDUCTA:		ELEMENTO REGULADOR O TIPICIDAD:	
Formas de manifestación. Voluntad simple. Voluntad consciente. Resultado Relación entre conducta y el resultado.	Carencia de manifestación Involuntariedad e inconsciencia. Ausencia de resultado. Imposibilidad de relacionarlos.	Existencia del delito-tipo Adecuación al delito-tipo	Inexistencia del delito-tipo No adecuación al delito-tipo
ELEMENTO VALORATIVO O ANTIJURIDICIDAD:		ELEMENTO NORMATIVO O CULPABILIDAD:	
Existencia del deber ser jurídico-penal. Contrariedad al deber ser jurídico-penal.	Inexistencia del deber ser jurídico-penal. Justificación	Ejercicio de la libertad al actuar. Exigibilidad Reprochabilidad.	Coacción No exigibilidad. Irreprochabilidad.
		ELEMENTO NORMATIVO O TEMIBILIDAD:	
		Grado de temor representado en la relación social.	

ASPECTO POSITIVO.

ASPECTO NEGATIVO.

ASPECTO POSITIVO.

ASPECTO NEGATIVO.

(9) EL ORDEN LOGICO ENTRE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

ASPECTO POSITIVO:	ASPECTO NEGATIVO:
ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL:	AUSENCIA DE CONDUCTA:
Formas de manifestación. Voluntad simple o Voluntad consciente. Intención. Resultado. Relación entre la conducta y el resultado.	Carencia de manifestación NO HAY. Involuntariedad e Inconsciencia. Falta de intención. Ausencia de resultado. Imposibilidad de relacionarlos.
ELEMENTO REGULADOR:	ATIPICIDAD:
Existencia del delito-tipo. Adecuación al delito-tipo.	Inexistencia del delito-tipo. No adecuación al delito-tipo.
ELEMENTO VALORATIVO:	JUSTIFICANTES:
Existencia del deber jurídico. Contrariedad al deber ser jurídico.	Inexistencia del deber ser jurídico. Justificación.
ELEMENTO NORMATIVO:	INCUFPABILIDAD:
Ejercicio de la libertad de actuar. Exigibilidad. Reprochabilidad.	Coacción. Inexigibilidad. Irreprochabilidad.
Temibilidad (para incapaces).	NO HAY.

(I) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1. ANIOLISEI, Manuale di Diritto Penale.
2. BAUMANN, Derecho Penal.
3. BECCARIA, Tratado de los Delitos y de las Penas.
4. BOENHEIMER, Teoría del Derecho.
5. CARRANCA Y TRUJILLO, Derecho Penal Mexicano.
6. CARRARA, Programa del Curso de Derecho Criminal.
7. CAVALLO, Diritto Penale, Tomo I.
8. CUELLO CALON, Derecho Penal, Tomo I.
9. CHAVEZ PADRON, El Derecho Agrario en México.
10. DEL ROSAL, Principios de Derecho Penal Español.
11. FLORIAN, Parte General del Derecho Penal, Tomo I.
12. FLORIS MARGADANT, El Derecho Romano Privado.
13. GAROFALO, Criminología.
14. GRISPIGNI, Diritto Penale Italiano.
15. GUTIERREZ CHICHINO, Nociones de Derecho.
16. ISLAS Y RAMIREZ, La Lógica del Tipo en el Derecho Penal.
17. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen Primero.
18. JIMENEZ DE ASUA, Tratado de Derecho Penal, Tomo I.
19. JIMENEZ DE ASUA, La Ley y el Delito.
20. KELSEN, Teoría Pura del Derecho.
21. MAGGIORE, Derecho Penal.
22. MANZINI, Tratado de Derecho Penal, Tomo I.
23. MARTINEZ PAZ, Filosofía del Derecho.
24. MEDINA HERNANDEZ, La Antijuridicidad, Problema Capital del Derecho.
25. MEDINA HERNANDEZ, El Derecho, ¿Es una Ciencia o un Arte?
26. MIRA Y LOPEZ, Manual de Psicología Jurídica.
27. OVILLA MANJUTANO, Teoría del Derecho.
28. PAVON VASCONCELOS, Manual de Derecho Penal Mexicano.
29. PETROCELLI, La Antijuridicidad.
30. PETROCELLI, Principii di Diritto Penale.
31. PORTE PETIT, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal.
32. PORTE PETIT, Programa de la Parte General de Derecho Penal.
33. RECASENS SICHES, Introducción al Estudio del Derecho.
34. REYES, Derecho Penal Colombiano.
35. ROUSSEAU, El Contrato Social.
36. RODRIGUEZ DE VESA, Derecho Penal Español.
37. RODRIGUEZ MANZANERA, Criminología.
38. SAUER, Derecho Penal.
39. SCARPELLI, Così e il Positivismo Giuridico.
40. SMAIL, Filosofía del Derecho, Volumen I.
41. TAMAYO Y SALMORAN, El Derecho y la Ciencia del Derecho.
42. VILLARREAL MORO, La Dogmática Penal.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

SECCION PRIMERA

LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA LEY PENAL

SUMARIO :

LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA LEY PENAL. LA TEORIA GENERAL DE LA LEY PENAL: (A) LOS CONCEPTOS JURIDICOS Y FUNDAMENTALES PREVIOS. (B) DE COMO LO SOCIAL SE TRANSFORMA EN JURIDICO: (46) El Derecho. (47) Las Normas de Convivencia Social. (48) La Norma Juridica en General. (49) Los Principios Rectores Fundamentales del Derecho. (50) La Jurisprudencia. (51) La Doctrina. (C) DE LAS NORMAS JURIDICO-PENALES: (52) El Fundamento de las Normas Penales. (53) La Finalidad de las Normas Penales. (54) La Creación de las Normas Penales. (55) Las Clases de Normas Penales. (56) La Estructura de las Normas Penales. (57) Los Delitos-tipo. (58) Las Características de las Normas Penales. (D) DE COMO LO JURIDICO SE TRANSFORMA EN LEGAL: (59) La Ley Penal, Producto de la Razón Humana. (60) Las Fuentes de la Ley Penal. (61) Los Dogmas o Garantías Penales. (62) Las Características de la Ley Penal. (63) El Destinatario de la Ley Penal. (64) El Proceso de Creación de la Ley Penal: (a) El Titular de la Creación. (b) La Iniciativa. (c) La Discusión. (d) La Aprobación. (e) La Sanción. (F) LA PUBLICACION. (g) El Inicio de Vigencia. (E) DE COMO DEBER SER APLICADA LA LEY PENAL: (65) La Determinación de los Ambitos de Validez de la Ley Penal: (a) La Validez Personal. (b) La Validez Especial. (c) La Validez Temporal. (66) La Interpretación de la Ley Penal: (a) La Finalidad de la Interpretación. (b) Los Requisitos de la Interpretación. (c) El Método de la Interpretación. (d) Las Clases de Interpretación. (e) Los Sujetos de la Interpretación. (67) La Integración de la Ley Penal: (a) La Finalidad de la Integración. (b) Los Requisitos de la Integración. (c) El Método de la Integración. (d) Las Clases de Integración. (e) Los Sujetos de la Integración. (F) DE COMO TERMINA SU VIGENCIA LA LEY PENAL: (68) La Abrogación y la Derogación. (69) Las Reformas. (70) Las Bases para Elaborar una Nueva Ley Penal. (71) La Necesidad de Actualizar la Ley Penal (G) LA INTERACCION DE LA LEY PENAL Y LA LEY PROCESAL-PENAL: (72) La Averiguación Previa del Delito. (73) El Enjuiciamiento del Delito. (H) LOS CUADROS SINOPTICOS: (a) Los Conceptos Jurídicos Fundamentales. (b) La Ciencia Jurídica. (c) El Arte Jurídico. (d) Los Ordenamientos Normativos. (e) Las Normas Penales. (f) La Ley Penal. (g) La Vida de la Ley Penal. (I) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

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

En forma general, cuando nos dedicamos al estudio del tema de la ley penal nos encontramos con que la tarea resulta un tanto tediosa. Sobre esta consideración, he tratado de presentar su teoría genérica en los términos más comprensibles que pude hallar para tratar de facilitar su comprensión.

Aclaro que en este inciso voy a exponer las generalidades de toda la temática ya que, de manera alguna, pretendo hacer un tratado de la ciencia jurídico-penal sino un estudio general, que abarque los puntos que resultan de mayor interés acerca de la teoría de la ley penal.

Con ello intento que los "enseñadores" de la ciencia jurídico-penal se ocupen de analizar este tema en sus cátedras y no dediquen toda su atención a la teoría del delito, como ya es costumbre en nuestra Facultad de Derecho, aunque ella resulte ser más interesante, por las situaciones problemáticas que plantea.

La teoría general de la ley penal es un apartado extenso dentro del conocimiento sistemático de la ciencia jurídico-penal, que se completa con las teorías generales del delito, de la responsabilidad y de las sanciones penales (penas y medidas de tratamiento especializado).

LA TEORIA GENERAL DE LA LEY PENAL.

Tenemos, dentro de la sistematika que hemos venido manejando para nuestra ciencia, como cuerpo de doctrinas metodológicamente ordenado, en su parte general, que uno de sus apartados está dedicado a la teoría general de la ley penal; tema que resulta trascendente, en virtud de que el delito, la responsabilidad y las sanciones penales emanan de su construcción.

En esta sección encontraremos temas de mucho interés, tal y como lo son: Los conceptos jurídicos y fundamentales, la teoría de la norma penal, el proceso de creación, de aplicación y de supresión de la ley penal y su interacción con la ley procesal penal.

Es bien cierto que el marco de referencia teórica resulta bastante amplio, mas también lo es que he procurado hacer menos arduo el tema, presentándolo en términos sencillos que espero sean comprensibles para mis lectores. También separé los tópicos que tienen mayor relación con el área procesal penal.

El estudio de la ley penal será hecho tomando en cuenta lo que en la ciencia jurídica ha sido dicho por los estudiosos, adecuándolo al área de la punición, para intentar llenar las lagunas que se habían formado. Vayamos al inicio del desglose de nuestros temas generales.

(A) LOS CONCEPTOS JURIDICOS Y FUNDAMENTALES PREVIOS.

Antes de empezar a tratar lo referente a la teoría general de la ley penal, considero que es menester que precise los conceptos más importantes con los que tenemos que trabajar los juristas, que forman nuestro lenguaje técnico y que denomino "los conceptos jurídicos y legales fundamentales".

Hasta el momento, de las lecturas que hagamos podemos notar que dentro de toda la doctrina jurídica existen muchas confusiones al conceptuar, definir y aplicar los términos: Derecho, norma jurídica, principios rectores generales del derecho, jurisprudencia y doctrina.

De la precisión con que manejenos estos conceptos depende la resolución de muchos de los problemas que ocupan las páginas de los libros dedicados a nuestra materia, para dejar paso a que sean tratadas otras cuestiones, principalmente prácticas, que merecen ser analizadas con amplitud.

Voy a proceder a desglosar cada uno de estos conceptos, ligándolos a los aspectos que necesariamente conllevan, para tratar de salvar los obstáculos que representan para la teoría y para la práctica de aquello que ha sido mal denominado "derecho penal", y darles aunque sea un rasgo de cientificidad.

(B) DE COMO LO SOCIAL SE TRANSFORMA EN JURIDICO.

Lógicamente, nos resultaría bastante errado pensar en un sistema jurídico que hubiese surgido por generación espontánea, como caído del cielo y que no haya necesitado de la intervención de la voluntad y de la inteligencia de los hombres para ser creado y puesto en vigor.

La existencia de un orden jurídico natural o divino preestablecido, es una cuestión que no puede ser demostrada en forma científica y, como nuestra primera intención en esta tesis es darle a nuestra disciplina un rango de cientificidad, tendremos que rechazarla por inoperante.

La muy necesaria creación de los grupos sociales --por la intrínseca naturaleza del hombre--, pone de manifiesto la imprescindible necesidad de elaborar parámetros de nomatividad que regularan la conducta de sus integrantes y que salvaguardaran las expresiones fundamentales del Derecho.

No era forzoso que esos indicadores conductuales tuvieran que surgir con el calificativo de jurídicos sino que, en una primera instancia, fueron netamente sociales (reglas de convivencia, moral y religión) y mucho tiempo después pasaron a formar parte de un sistema positivo.

Quienes piensen que las normas jurídicas no tienen relación alguna con los catálogos de nomatividad de la moral, de la religión y de los convencionalismos sociales, están en un error muy grave y le niegan su esencia a la disciplina científica que se encarga de estudiarlas.

El deber ser jurídico que emana de las normas jurídico-penales conserva el sustento que le dio origen a todas las regulaciones de conducta, cuyo espíritu de protección está orientado a todas las expresiones que pueda tener el derecho. No puede desligársele de esa imagen de tutela.

Primariamente, todos los principios que darían origen a la nomatividad pertenecían a un grupo común que podría llamarse "nomatividad social". Con posterioridad se irían formando nuevas áreas, como fueron: Los convencionalismos sociales o reglas de etiqueta, moral y religión.

De entre todas ellas, el ámbito de lo jurídico recogió a las que tutelaban expresiones fundamentales del derecho y poco a poco, atendiendo a las necesidades sociales —para buscar el fundamento de su legitimidad—, las ha ido acordando en un sistema, que comprende diferentes direcciones, para que la tutela del derecho sea total.

Como un último recurso, para obligar a los integrantes del núcleo social a respetar esas expresiones del Derecho, se da la protección penal, cuya característica fundamental es la del ejercicio del poder punitivo del Estado (ius puniendi), que comprende la amenaza y la imposición de una pena (coacción y coercitividad).

Las normas jurídico-penales encuentran su fundamento y su esencia en el espíritu de protección que guía a la normatividad social, moral y religiosa. Este será encontrado con facilidad, en el momento en que procedamos a interpretar la norma, buscando su telos (el fin que persigue).

En síntesis, para que una norma de conducta pueda ser clasificada como jurídica es menester que recorra el camino de un proceso social en el cual se evidencie la necesidad de proteger con mayor vigor a una de las expresiones fundamentales del derecho, que quedará convertida en bien jurídico.

Para que esa misma norma pase a formar parte de los bienes jurídico-penales, es uno de los requisitos indispensables que, para obligar al cumplimiento del deber que emana de ella, el Estado amenace con la imposición de una pena (coactividad) y que la imponga a quien la transgrede (coercitividad).

(46) EL DERECHO.

Seamos juristas o no, todos nos hemos confundido en el momento de conceptuar al derecho y le damos tantas acepciones como de momento nos guste. Lo que resulta imperdonable, es que quienes estamos imbuidos en lo jurídico no podamos distinguir entre derecho, norma, ley y justicia.

Generalmente, yo también lo hice en una ocasión, al designar como derecho al conjunto de normas que regulan la conducta del hombre en sociedad, desde el plano jurídico; con más o menos requisitos, aunque añadiendo la coercitividad y confundiéndola con la coactividad.

La característica que suele emplearse para separar las normas de derecho de otros catálogos normativos —la coactividad—, es común en todos. Cualquier norma tiene como elemento a la amenaza de sanción, que es muy necesaria para su esencia porque si no, nadie la cumpliría.

La nota esencial de la norma jurídica (que no es derecho), es la coercitividad, que podría quedar definida como: La privación que el Estado hace al particular de un bien jurídico, que será realizada aun en contra de la voluntad del infractor del deber ser que contienen las normas.

Quando hablo del derecho, me gusta definirlo simplemente como la posibilidad de realizar determinados actos, que tienden a la consecución de cierto fin. (156) Además, doy las siguientes características: Natural, único, subjetivo y finalista.

El derecho se nos presenta como un ente natural, porque esa posibilidad que menciono, la posee el hombre desde el momento mismo en que nace. Para que una persona goce del derecho no es menester hacer distinciones de raza, sexo, religión, instrucción, etc.

Ese derecho es único y si bien es cierto que puede tener diferentes expresiones, que varían en atención a las necesidades que tiene el individuo y no al área jurídica que lo tutela, como se ha pensado al hablar del derecho penal, civil, constitucional, etc., la libertad de ejercitarlo es igual para todos.

En el inicio de la sociedad civil, el ejercicio del derecho no encontró más límite que la fuerza física del que lo ejercitaba y de esta manera, el más débil tenía que conformarse con que su derecho fuese injustamente atacado. Asimismo, el concepto de justicia variaba de individuo a individuo, según ganara o perdiera en la contienda.

El concepto que se tiene del derecho es subjetivo, porque es captado por intuición; cualquiera tiene noción de él. También es adecuado a la medida de las necesidades de cada uno y a mayor necesidad corresponderán más expresiones (pensar, actuar, etc.), aunque jurídicamente sólo han sido tuteladas las fundamentales.

El derecho también es finalista, porque siempre tenderá a una meta cuando se lo ejercite, que es la satisfacción de una determinada necesidad de su titular. Así compruebo que el derecho no es ley, norma ni justicia, sino simplemente la posibilidad de lograr una meta prefijada.

La necesidad social nos demostró que era forzoso limitar el ejercicio del derecho y buscar un concepto común a todos los miembros del núcleo, para encontrar la justicia social. De esta forma fueron naciendo las normas de convivencia social, las morales y las religiosas.

En lo sucesivo el ejercicio del derecho sería racional, procurando evitar injustas lesiones o peligros para el derecho de los demás. Su concepto subjetivo fue adquiriendo objetividad y uniformidad en los parámetros de conducta y dejó de ser ejercitado con base en el libre albedrío.

Mas el problema no quedaba resuelto aún, porque siempre han existido las infracciones a las normas fundadas en un pretendido derecho y la amenaza (coacción) que ellas contenían, no tenía efecto alguno, porque a lo más que se podía llegar era a la reprobación social, al remordimiento o a la pérdida de la gloria eterna.

Muchas expresiones fundamentales del derecho quedaban en el desamparo y el statu quo del grupo social peligraba. No bastaba con la existencia de normas sociales, morales y religiosas, con una pseudo coactividad, que amenazaba con tanta tibieza. Era necesario que la amenaza fuese más seria y que fuera ejecutada.

Así surgieron las normas jurídicas, cuya característica fundamental es la coercitividad, depositando en uno de los poderes del Estado la facultad de ejecutar esas amenazas de privación de ciertos bienes jurídicos. De esta manera quedarían salvaguardadas las expresiones fundamentales del derecho.

También al concepto de la justicia (de suyo subjetivo) se lo uniformaría y adquiriría un matiz jurídico, que consiste en darle a cada uno aquello a que se ha hecho acreedor con su comportamiento, bien fuera un beneficio o un perjuicio, porque las normas jurídicas no tan sólo imponen sanciones.

Con un conjunto de normas jurídicas, iba a ser integrada una ley que en un principio fue esencialmente civil y procuró abarcar la regulación de la mayoría de las actividades e inactividades sociales. Con el tiempo esa ley iría desintegrándose en diferentes especialidades, en atención al campo en que tuviese injerencia.

Se consideró que el quehacer social era demasiado amplio y que no bastaba un solo catálogo de normatividad para abarcar todo el comportamiento humano. De esta manera, atendiendo al sector de las actividades e inactividades del hombre, fue elaborándose diversas leyes.

A las diferentes codificaciones se las llamó "leyes jurídicas", porque una de sus condiciones era que sus postulados se cumpliesen, que los individuos adoptaran las formas de conducta que en ellas eran reguladas, bien fuera por su voluntad o en contra de la misma. En ello intervendrían los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

Con las leyes civiles, mercantiles, penales, administrativas, constitucionales, etc., quedaría regulada la conducta social y al mismo tiempo iba a integrarse un sistema jurídico, que adquiere distintas características de Estado a Estado. De ellos surgen las "familias de derechos".

(47) LAS NORMAS DE CONVIVENCIA SOCIAL.

Derecho, hombre, sociedad y estado son conceptos tan indisolublemente ligados que, cuando hagamos mención de uno de ellos, por fuerza deberemos tener presentes a los demás. Si centramos nuestra atención en la historia de la humanidad, podremos notar que surgen precisamente en ese orden.

En realidad, el hombre vivió muy poco tiempo como ser aislado; desde el principio de su existencia está que necesitaba de la compañía y ayuda de sus semejantes, para lograr la sobrevivencia. Primero busca una pareja, con la cual forma una familia; con otras un clan o una tribu, y modernamente la sociedad.

Su naturaleza eminentemente social, se deja cuando el individuo se da cuenta de que no está solo sobre la faz de la tierra. Si quería subsistir tenía que agruparse y ello lo llevó a la decisión de formar la sociedad civil.

Muy poco tiempo tardó en notar que el libre ejercicio de su derecho debería ser regulado por parámetros de conducta preestablecidos, en el entendido de que ninguno podía actuar a su arbitrio sin que llegase a afectar a los demás miembros del grupo, lesionando o poniendo en peligro su derecho.

Al firmar el contrato social (157), cada una de las personas que componían la incipiente agrupación aceptó ceder una parte de su libertad en beneficio de la colectividad y de sí misma. A partir de ese instante, el hombre está aceptando que se le controle en su comportamiento.

Como técnicas de control específico de la conducta en sociedad, surgen los conjuntos de normas de la convivencia social, moral, religiosa y finalmente, jurídica. Cada paso decisivo que dé en adelante el ser humano como integrante del núcleo, no dejará de estar íntimamente relacionado con ellos.

Los catálogos normativos tienen como objetivo esencial proteger las diversas expresiones del derecho y sin lugar a dudas, pertenecen al extenso ámbito del deber ser. Van a marcarle al individuo cuál debe ser su actitud y cuál su sanción en el caso de que aquella sea indebida.

Desde el momento en que el sujeto nace y hasta su muerte, tiene que ceñirse a los marcos de explicitación de cada uno de esos conjuntos indicadores de conductas. Sus normas van a brindarle principios fundamentales por observar, para que evite el reproche de la sociedad a su comportamiento.

Son varias las diferencias que cortan de tajo las semejanzas que pudieran tener todas estas clases de normas de conducta. Entre ellas mencionaré las siguientes: La sanción, la persona que la impone y la manera de ejecutar la amenaza que contiene el parámetro que marca la conducta debida.

Las normas que propiamente pertenecen a la convivencia social o reglas de urbanidad o de etiqueta, son impuestas por los individuos por convencionalismos; en la mayoría de las ocasiones no se las encontrará establecidas en un catálogo propio. Son transmitidas por los educadores y de generación en generación.

Quando se las viola, el sujeto recibe la desaprobación del núcleo social y sólo obliga a su cumplimiento el temor de ser apartado de una determinada elite o de ser considerado como escoria de la sociedad. El ejemplo adecuado lo tenemos en el uso de la ropa que está "de moda".

Dentro de la dirección criminológica de las ciencias penales, encontramos que se habla de la conducta social que cumple con el bien común. Por otro lado se menciona a la conducta desviada, sector al cual pertenece el delito (158).

En las normas morales, la obligación de cumplirlas deriva de la ética de cada quien. Se las va adquiriendo también a través de la formación y son inculcadas en el individuo, principalmente por los padres y los educadores. Tampoco están reunidas en un solo catálogo de normatividad.

Al transgredir una norma moral o ética el castigo lo recibe el sujeto de sí mismo (de su conciencia), lo lleva a acatarlas un reproche interno o recordamiento. El hombre se convierte en su propio juez y quizá sea el más severo. Se las podría ejemplificar con el respeto a la familia.

(157) Cfr. ROUSSEAU. El Contrato Social. Primera Edición. Manuel Porrúa, S.A. México, 1980.

(158) SUPRA. Sección preliminar. Número (30). La Concepción Criminológica.

Los principios de las reglas de la normatividad ética o moral se van adquiriendo a través de la educación. Las personas encargadas de formar a los niños deben demostrar especial interés por la transmisión de bases sólidas y a la predicación debe seguirla el ejemplo.

Hay que recordar que en el campo de la ética, una no puede exigirle a otros lo que no es capaz de hacer una misma y que tampoco debe hacerle a los demás lo que no le gustaría que le hicieran a ella. Si ponemos el ejemplo, tendremos autoridad moral para pedir determinado comportamiento.

La Divinidad o Ser Supremo, es la encargada de castigar la inobservancia de las normas que componen las leyes religiosas. Podemos notar que hay tantos catálogos normativos de las religiones como corrientes hayan existido, existan o pudiesen existir.

Es el temor a perder la protección de ese Poder Divino en el que se ha depositado la fe, lo que obliga al creyente a observar las normas que marca su religión. Como ejemplo, en la corriente católica, apostólica y romana, tenemos el mandato de asistir a misa y santificar las fiestas.

En cuestión de la normatividad religiosa, el sujeto tiene la opción de escoger la que más le agrade o lo convenza aunque, eso sí, se obliga voluntariamente a cumplir con los mandamientos que ella le impone y a conservar la fe en sus postulados. La religión, por no ser científica, no admite la duda.

De los principios de la normatividad social, moral y religiosa, surgieron las normas jurídicas. Los postulados del mundo de la juridicidad encuentran substancia en las prescripciones que en aquéllos se contienen, cuando protegen expresiones fundamentales del derecho.

Los cuatro tipos de normas tienen la característica de ser coactivos y contienen un postulado conductual; es decir que todos conllevan un precepto y la amenaza de una sanción, aun cuando ésta sea genérica como por ejemplo en las religiones, que consiste en la pérdida de la gloria divina.

Todas ellas sirven para regular la conducta en sociedad y tutelan alguna expresión de derecho. Sus preceptos son generales, abstractos y obligatorios, aunque excepcionalmente puedan funcionar para un solo sector bien determinado. Así tenemos a la religión católica, al protocolo de la realeza o al sistema jurídico mexicano.

Las normas jurídicas son generalmente externas, a pesar de que pueden estar referidas a lo subjetivo o interno, como los móviles, la intención, la finalidad, etc. Las reglas sociales son excepcionalmente externas y las de la moral y la religión eminentemente internas.

Los principios jurídicos son heterónomos, al igual que las reglas sociales de conducta; las de la moral y las de la religión poseen la particularidad de ser autónomas. Las dos primeras son bilaterales; las otras serán, en consecuencia, unilaterales.

Todas ellas son coactivas y solamente las jurídicas son coercitivas, haciendo gala del poder de que goza el Estado para determinar las conductas, amenazar con una sanción, y para ejecutar la que es impuesta, aunque sea en contra de la voluntad del sujeto obligado.

(48) LA NORMA JURIDICA EN GENERAL.

Quedamos en que el derecho es un concepto subjetivo, que se intuye, cuyo titular es el ser humano, como ente individual. Que también habrá derechos colectivos que se otorgan en favor de la sociedad y del Estado, y que las expresiones fundamentales del derecho encontrarán abrigo en las normas jurídicas.

En el momento en que fue creada la sociedad, cada uno de sus integrantes aceptó hacer la cesión de una parte de la libertad de ejercitar su derecho, en beneficio de la comunidad y de sí mismo y a favor de sus representantes o tutores sociales, que formarán el gobierno del estado.

Los titulares de esa representación social deberán objetivizar las distintas manifestaciones del derecho; es decir, expresarlas en principios rectores generales del bien común, que tiendan a regular las formas de conducta social y a garantizar el ejercicio del derecho, proporcionando seguridad jurídica.

Una de las principales finalidades de la norma de juridicidad lo era la búsqueda del bienestar común; esto es, que se tenía que encontrar los medios ideales para la protección de la libertad de ejercitar el derecho sin lesionar o poner en peligro o duda el de los demás.

La expresión objetiva del derecho solamente podría ser lograda estipulando conductas-tipo, que regularan las formas que tendría que adoptar el hombre para su comportamiento ante determinadas circunstancias. Estos modelos de conducta preestablecidos, dieron origen a la normatividad.

Es necesario que aclare que no es imprescindible que las normas jurídicas revistan la forma escrita. Lo que resulta más importante es que tengan permanencia y que, de alguna manera, su esencia se conserve y sean respetadas y transmitidas de generación en generación.

Dije también que los patrones de conducta social son de índole diversa: Convencionales, morales y religiosos. De entre ellos el sistema jurídico recogería para sí a aquellos que tienen como finalidad la protección de las manifestaciones fundamentales de derecho, para conservar la estructura de la sociedad.

A esas expresiones básicas del derecho se les dio el nombre de bienes jurídicos y con esquemas de explicitación debidamente formulados, se procuró su protección eficaz. Al precepto le fue integrada una sanción, con las características de coactividad y coercitividad.

Las conductas a tipificar no deberían ser escogidas en un juego de azar sino que, con base en el razonamiento humano, debiera atenderse a las necesidades de la sociedad, buscando su legitimación y su legalidad. De tal suerte, podemos concluir que las bases de la ciencia jurídica son producto de la razón humana.

Quiero aclarar que el término "tipificar" no es exclusivo para el área jurídico-penal, sino que puede ser empleado en cualesquier de los ámbitos del conocimiento humano, en el cual existan tipos: De conductas, de sujetos, de cosas, de animales, de productos, de fármacos, etc.

Oviamente la conducta social forma parte de la naturaleza, mas ello no era de por sí suficiente para que los principios jurídicos tuvieran que estar a expensas del acontecer natural. Se tornaba necesario que se hiciera la debida separación. (159) Lo jurídico está influido por la finalidad y no por la causalidad.

KELSEN expresa: "Pero esta contraposición de naturaleza y sociedad no es posible sin más ni más, puesto que la sociedad entendida como la convivencia fáctica de los seres humanos, puede ser pensada como parte de la vida en general, y por ello como una parte integrante de la naturaleza". (160)

No contradigo que la ciencia jurídica forme parte de la naturaleza, tal y como lo hace el derecho mismo, que constituye su objeto de estudio; empero, las ciencias naturales y sociales son distintas en su esencia, una y otra no deben influirse sino complementarse y auxiliarse.

Los acontecimientos fácticos adquirirán un sentido jurídico, cuando la expresión fundamental del derecho que lesionen, hagan peligrar o pongan en duda, alcance un rango superior en la escala de los valores de la sociedad. Así, esas conductas quedarán incluidas en los catálogos de normatividad.

Un ejemplo que podría encuadrar aquí, lo es la muerte. Desde un determinado punto de vista, éste es un acontecimiento indudablemente natural; empero, cuando alguien provoca la muerte de otro, la conducta adquiere relevancia jurídica y se aparta del aspecto puramente naturalista, para ser preponderantemente social.

(159) El absurdo deseo de igualar a la ciencia jurídica con las naturales, llevó a los penalistas a introducir a la causalidad como base esencial de sus postulados, lo cual representó muchos años de atraso, los que hasta WELZEL se ha ido superando. Algunos autores penalistas insisten en defender el error, hasta hablan de la lógica-matemática penal.

(160) KELSEN. Teoría Pura del Derecho. pp. 15/6. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

Los actos que tienden a preservar o a destruir un derecho, solamente por su significación objetiva, pueden ser jurídicos, anti-jurídicos o extra-jurídicos. La juridicidad o anti-juridicidad no reside en su sentido fáctico sino en el significado objetivo que está ligado a ellos mismos. (161)

La norma va a describir las conductas que serán consideradas como formalmente anti-jurídicas, añadiéndoles o suprimiéndoles requisitos para lograr la óptima y eficaz salvaguarda del derecho. En este sentido, la norma funciona como un marco de explicitación conceptual.

Así lo acuerda KELSEN: "El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él en su contenido; que le otorga su significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma. La norma funciona como un esquema de explicitación". (162)

Los modelos que protegen al derecho fueron introducidos en ordenamientos normativos del comportamiento humano. Aquellos que protegían valores fundamentales, serían la expresión del deber ser jurídico. La norma marca cómo debe ser la conducta social.

El vocablo "norma" alude a la manera cómo debe comportarse el ser humano. Por ser el sistema jurídico un conjunto de parámetros conductuales de naturaleza social, sus principios deben ser expresados en normas, resultando de ello que sus leyes están formadas por conjuntos de normatividad.

(49) LOS PRINCIPIOS RECTORES FUNDAMENTALES DEL DERECHO.

Ha llegado el momento de que haga alusión a lo que denomino "principios rectores fundamentales del derecho", que son conocidos en la doctrina jurídica en general como "principios generales del derecho", "dogmas" o "máximas jurídicas".

GUTIERREZ CHICHINO explica: "Son los pilares o bases donde se sustenta el Derecho, cuando el juzgador (juez), al sentenciar, no puede hacerlo conforme a la letra de la ley o a la interpretación jurídica de ella, por no existir, se fundará en los principios generales del derecho". (163)

OVILLA MANDUJANO escribe: "La Suprema Corte de Justicia de la Nación los ha definido como: Las verdades jurídicas notorias, indiscutibles de carácter general como su mismo nombre lo indica, elaborados o seleccionados por la ciencia del Derecho. Tales principios no los formulamos expresamente, no aparecen en ningún Código, se obtienen por inducción, estudiando el contenido de las diversas leyes que forman el ordenamiento jurídico". (164)

Recapitulando en mi pensamiento, diré que la expresión objetiva del concepto subjetivo del derecho, lo es la norma. Un conjunto de normas jurídicas escritas forman un código, al cual se le da un calificativo determinado según sea la materia que se ocupe de regular: Penal, civil, etc.

Al momento de construir las normas que van a formar un código (en los sistemas jurídicos de tradición escrita), se procura prever todas las posibles resoluciones para tutelar una determinada expresión fundamental del Derecho y que la protección sea más eficaz.

Así, por ejemplo, en los códigos penales van a ser incluidas en los delitos-tipo todas las formas de conducta con las que pueden ser lesionados o puestos en peligro los bienes jurídicos fundamentales que van a salir beneficiados en el momento en que sean recogidos en la tutela punitiva.

Los códigos civiles van a tratar de regular todas las situaciones que puedan presentarse con respecto a la familia, a los bienes, a los derechos reales y personales, a las sucesiones testamentarias y a los contratos, etc. En fin, todo lo que encuentre relación con los actos y negocios civiles.

(161) KELSEN. Op. cit., p. 17

(162) IDEM.

(163) GUTIERREZ CHICHINO. Nociones de Derecho. p. 10. Cfr. artículo 14º del CPEUM.

(164) OVILLA MANDUJANO. Teoría del Derecho. México, 1978.

Hablo de sistemas jurídicos de tradición escrita, no porque sean los únicos o los más importantes, sino porque a esta clase pertenece el de nuestro país y es la que más conozco. Empero, en los de tradición oral se pretende el mismo objetivo: La protección eficaz y efectiva de las manifestaciones de derecho.

Como indiqué: (165) Existen varias expresiones de la norma; algunas de ellas están conpuestas por un precepto y una sanción (conducta social y conducta estatal) y otras solamente describen principios de la doctrina general de una materia específica. Con ello se trata de buscar la mejor forma de tutelar al Derecho.

Vamos a ver que entre mayor número de requisitos contengan las normas, es que se le está poniendo más cuidado a la tutela del bien jurídico. En materia jurídico-penal el fenómeno se presenta a la inversa, porque entre menos requisitos contenga el tipo mayor es la salvaguarda del interés jurídico.

Por ejemplo, el delito-tipo de homicidio amplía su protección a cualquier ser humano vivo; no sucede lo mismo con el estupro, que contiene un mayor número de elementos típicos y precisa que el titular del bien jurídico sea una mujer menor de dieciocho años, casta, honesta, y que sea engañada.

Con todo y esto, puede suceder que de la expresión codificada de la norma se haya escapado algún principio rector general del derecho, que la razón humana impone para garantizar la óptima protección al Derecho, en busca de la equidad que es un anhelo mejor que la justicia.

Se ha dicho que la equidad es una forma de justicia, más feliz que ésta, porque busca reparar todo aquello en lo que ha errado. En ocasiones, la justicia jurídica puede ser injusta y la equidad trata de resolver todas sus fallas.

La equidad se basa en los principios rectores generales del Derecho, que acataz el raro de normas jurídicas no escritas o que también pueden estar incluidos en los códigos. Son válidos para darle al Derecho una protección más eficaz y los hay genéricos y específicos.

Los principios rectores del derecho, genéricos, son comunes a todos los sistemas jurídicos, sean de tradición oral, escrita o mixta. Tienen validez universal y son aplicables a todas las situaciones semejantes que se den en cualquier parte del mundo. Por ejemplo, cito el derecho a la defensa.

Son principios específicos los que solamente pueden ser aplicados a las controversias que se presentan en un sistema jurídico determinado como lo sería, en mi opinión, el principio de acatar la regla del precedente, en la tradición jurídica anglosajona, o la jurisprudencia en nuestro país.

Propiamente, estos principios pertenecen a una tradición jurídica y son, como dijo MERRYMAN: "Un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno". (166)

Sin embargo, el término también es empleado para designar a las reglas comunes y efectivas de cada sistema jurídico, que deben ser aplicadas cuando la norma no prevé una determinada situación en la controversia de una expresión del derecho, ya en la relación procesal.

En nuestro sistema jurídico el CPEUM dispone en su artículo 14º: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva debiera ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de ésta se fundará en los principios generales del Derecho". (167)

(165) SUPRA. Sección Preliminar. Número (9). Su Objeto de Estudio.

(166) MERRYMAN. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. p. 55. Fondo de Cultura Económica. México, 1980.

(167) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada), p. 37, párrafo cuarto del artículo 14º. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Rectoría. México, 1985.

Según el texto constitucional, relacionando los párrafos tercero (168) y cuarto, los principios rectores generales del derecho únicamente pueden ser aplicados en los juicios del orden civil; en los penales, jamás. Es-timo que al decir "civil", se hace referencia a todo lo que no sea materia pu-nitiva.

Considero que a este artículo se le ha dado una interpretación no válida, ya que en materia penal la ley también debe ser interpretada e inte-grada, siempre y cuando no hagamos referencia a una conducta típica o a la punibilidad, y los principios rectores generales del Derecho también deben ser aplicados.

Ya tendré oportunidad de explicar (169) que los principios rec-tores generales del Derecho son una posibilidad para interpretar e integrar las normas penales. Son pasos sucesivos del Derecho: Los principios rectores generales y la norma, después vienen la jurisprudencia y la doctrina, todo ello conforme a la ciencia jurídica.

Estos principios sirven para realizar la equidad, así como la nor-ma brinda la pauta para realizar la justicia jurídica, otorgándole a las ex-pressiones del Derecho una protección adecuada y llegando así a la afirmación de los postulados máximos de la ciencia jurídica.

Los principios rectores generales del Derecho, en cierta medida, pueden ser identificados con las llamadas "garantías constitucionales", o lo que la Organización de las Naciones Unidas ha dado en llamar "derechos huma-nos", porque son el fundamento de todas las expresiones del Derecho.

(50) LA JURISPRUDENCIA.

La norma, por sí sola, no es un medio suficiente para proteger al Derecho y debe ser complementada con los principios rectores generales: Aún así, la tutela no puede ser efectiva si sus postulados no son llevados a la práctica. Entonces el hombre tiene que enfrentarse al quehacer más difícil: El arte de juzgar.

De las decisiones que son tomadas al finalizar la relación procesal --en el juicio--, surge a la vida jurídica la sentencia. Esta conforma la jurisprudencia, a la cual aun la Real Academia Española confunde con la doct-rina y la ciencia jurídica y pocos juristas y jurisperitos le dan un sentido preciso.

El diccionario la define como: "Ciencia del Derecho. Enseñanza doctrinal que dimana de las resoluciones o fallos de autoridades gubernativas o judiciales. Norma de juicio que suple omisiones de la ley y que se funda en prácticas seguidas en casos iguales o análogos". (170)

La primera de las acepciones que da la Academia de la Lengua no resulta exacta, porque la jurisprudencia forma parte de la ciencia jurídica, pero no puede ser identificada con ella. Esta es la reunión del estudio del Derecho, de sus principios rectores generales, de las normas, de la juris-prudencia y de la doctrina.

Lo mismo sucede con la segunda definición porque, si bien es cier-to que la jurisprudencia también forma parte de la doctrina, esa no es su esencia sino, la resolución jurídica y judicial del conflicto. Además, sólo puede derivar de los fallos judiciales y no de lo que propiamente conocemos como gobierno (poder ejecutivo).

El tercer significado no resulta más feliz, toda vez que la juris-prudencia no siempre suple las omisiones de la ley, porque puede emanar de una resolución judicial fundamentada en una norma jurídica. Solamente la obliga-toria sirve para casos análogos (no los hay iguales).

(168) "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate".

(169) INFRA. Sección Primera. Inciso (E). De Cómo Debe ser Aplicada la Ley Penal.

(170) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Edito-rial Espasa-Calpe. Madrid, 1970.

Si el diccionario es confuso, los doctrinarios jurídicos no pueden quedarse atrás. GUTIERREZ CHICHINO anota: "Llábase a la interpretación y aplicación de una ley cuando ésta no es clara. En México uno de los Órganos encargados de interpretar las leyes es la Suprema Corte de Justicia de la Nación y se traduce en el conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones judiciales y que deben ser observados necesariamente". (171)

OVILLA MANDUJANO trata de ser un poco más preciso, cuando sustenta: "La Jurisprudencia: Se refiere en términos generales al conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones de los tribunales. La jurisprudencia solamente puede ser establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en general, y en su especialidad por el Tribunal Fiscal de la Federación". (172)

Relaciono a la jurisprudencia con el arte de juzgar y la defino como: La regla de conducta elaborada con base en las decisiones de un juzgador al aplicar las normas. Le doy además, las siguientes características: Específica, concreta, más o menos permanente y, a veces, obligatoria.

No debemos limitarla tan sólo a las decisiones de la Suprema Corte, porque en primer lugar, tenemos que hacer una distinción entre jurisprudencia obligatoria y no obligatoria, relacionándolas con su permanencia. Por exclusión, es obligatoria la jurisprudencia cuando reúne estos requisitos:

1. Que sea el resultado de una decisión de la Suprema Corte.
2. Que interprete al CPEUM o a las leyes federales.
3. Que la misma resolución pueda encontrarse en cinco ejecutorias no interrumpidas por alguna en contrario.
4. Que el caso sea semejante o análogo a las anteriores situaciones.
5. Que en el pleno la aprueben por lo menos catorce ministros, y en la sala cuatro.
6. Que sea publicada en el Semanario Judicial de la Federación, para su conocimiento público.

La jurisprudencia que reúna estas características debe ser aplicada por todos los tribunales, aun por los agentes del Ministerio Público en sus consignaciones y en sus pliegos de conclusiones. Si está referida a leyes locales, solamente es obligatoria para la misma Corte.

Como un caso especial, tenemos que también constituye jurisprudencia obligatoria, en su área, una decisión del Tribunal Fiscal de la Federación. En todas las demás hipótesis, estaremos ante la jurisprudencia no obligatoria o lo que en la doctrina ha sido denominado "ejecutoria" o "tesis".

La jurisprudencia es el resumen de la resolución que el juzgador le ha dado a un conflicto jurídico concreto de cualquier índole, relacionado con una expresión fundamental del Derecho y la ciencia jurídica, en el sentido de que el juez tiene que ser conocedor de la doctrina, para que su sentencia sea conforme a la necesidad planteada.

Por lo mismo no es posible identificar a la jurisprudencia con la doctrina, aunque en una ejecutoria encontremos principios doctrinales y en la doctrina una tesis jurisprudencial. Ambas se nutren y se interrelacionan, aunque no son iguales.

(51) LA DOCTRINA.

Al resultado de la actividad que realizan las autoridades judiciales se lo ha denominado "jurisprudencia", que es la voz de los jurisprudentes. Ahora, el trabajo de los jurisperitos o doctos debe recibir un nombre; yo le doy el de doctrina, y versa sobre una materia determinada.

(171) GUTIERREZ CHICHINO. Op. cit., p. 16.

(172) OVILLA MANDUJANO. Op. cit., p. 347.

La doctrina es obtenida por medio de los estudios científicos particulares o generales acerca del Derecho, de los principios rectores generales del derecho, de la jurisprudencia y de las tesis doctrinales, para sistematizar e interpretar sus disposiciones, regular su aplicación y enriquecer sus instituciones.

Quiero partir de una diferencia que debe ser fundamental: El jurisprudente es la autoridad judicial que da resolución al caso concreto de un derecho controvertido o injustamente atacado. El jurista es la persona que se encarga de realizar estudios científicos acerca de las instituciones de la ciencia jurídica.

Por último, el jurisperito o docto jurídico es el que conjuga la una y la otra labores: Conoce a fondo los principios generales y particulares de la ciencia jurídica realiza estudios científicos y además ejercita alguna de las labores del foro. Es necesario que todos los jurisprudentes y juristas se hagan jurisperitos.

Podemos llamar doctrina a todo el quehacer de la ciencia jurídica y, siendo un trabajo tan amplio, requiere especialización. No es recomendable ser un "todólogo" del Derecho, el que sabe un poco y nada de cada una de las materias, que de por sí son muy extensas.

Lo óptimo es hacerse especialista en un área determinada, dominar a la perfección su materia y la relación que pueda tener con los demás círculos jurídicos, abarcando los aspectos sustantivo y adjetivo, desde luego, con un criterio jurídico amplio, que permita resolver cualquier cuestionamiento y dar una razón acertada.

Cuando defino a la doctrina, digo que es: El conjunto de teorías generales comunes a una o a todas las materias jurídicas, que es elaborado sobre bases científicas en el trabajo de los teóricos, al estudiar al derecho, a sus principios rectores generales, a la norma, a la jurisprudencia y a otras opiniones doctrinales.

Todo ello da por resultado una ciencia jurídica dividida en determinadas materias, a la cual también puede llamarse doctrina. Reúne las características de generalidad o especialidad, concreción, especulación y dinamismo, además, utiliza un sistema científico apropiado: El método jurídico. (173)

(C) DE LAS NORMAS JURIDICO-PENALES.

Para dar inicio a este inciso, recordaré que en el mundo de la normatividad se encuentran incluidos diversos grupos de normas y que el término no debe ser empleado en forma exclusiva para designar a lo jurídico. Ahora trataré del ámbito de la normatividad jurídico-penal.

A las normas jurídico-penales no puede negárseles su importancia, porque a todos nos interesa encontrar el fundamento y la legitimación del *ius puniendi* (derecho de punir o sancionar) de que goza el Estado, porque nadie está exento de ser el sujeto pasivo de una relación procesal-penal.

En realidad, hablaré de una teoría general de la norma, porque la mayor parte de los principios que aquí exponga podrá ser aplicada en todos los demás ámbitos. Recuerdese que la norma penal forma parte de un amplísimo sistema jurídico.

Podría decir que la normatividad jurídico-penal es: El conjunto de proposiciones que nos marca qué conductas deben ser incluidas en los delitos-tipo, sus requisitos fácticos y jurídicos para que integren un delito, las reglas del procedimiento para su valoración jurídica y las consecuencias aplicables a sus autores.

A partir de BINDING, (174) los penalistas diferenciamos entre la ley y la norma. Los autores italianos suelen ser muy confusos y emplean la expresión "norma" en lato sensu, para designar a la ley, tal y como lo hacen muchos de los filósofos de la ciencia jurídica.

173) Cfr. MEDINA HERNANDEZ. Op. cit.

174) BINDING. Citado por MEDINA HERNANDEZ. *ITEM*

Para JIMENEZ DE ASUA: "Es posible hablar de norma en sentido lato y en sentido estricto. Norma lato sensu es igual (=) al conjunto de leyes y disposiciones legislferantes, más (+) norma stricto sensu, de la que al final hablaremos". (175)

No hay que confundir al pan con la masa, una cosa es la norma y otra muy distinta la ley. La norma jurídica es una proposición que encierra un deber ser y que está advocada a la conducta. La ley es un conjunto de normas de un catálogo específico y de sus principios, que adquiere un calificativo acorde con la naturaleza de la materia que regula.

El conjunto de normas (leyes), los principios rectores generales del Derecho, la jurisprudencia, los tratados y convenios ratificados de acuerdo con la Constitución, forman un sistema jurídico que es completado con los principios-guía que nos marca la doctrina.

(52) EL FUNDAMENTO DE LAS NORMAS PENALES.

El campo de la normatividad, en cualesquiera de sus manifestaciones, está relacionado con el deber ser. Puedo decir que está basado en las reglas de cultura pertenecientes a cada una de las sociedades que le dan origen a sus catálogos. Por eso el fundamento de las normas, aun de una misma clase, es cambiante.

Por el simple hecho de que lo jurídico-penal pertenece al mundo de la normatividad, su fundamento forma parte del ámbito del deber ser; aunque no nos interesa el deber ser en general sino, únicamente aquél que pueda encontrarse relacionado con la tutela de las expresiones fundamentales del Derecho.

Hay que recordar que el sistema jurídico-penal sólo abriga, como último recurso, aquellas manifestaciones del derecho natural de los seres individuales o en conjunto, de las estructuras sociales y del Estado que tienen importancia para la conservación del *status quo* del núcleo.

Al acogerlas bajo el manto de su protección las denominé "bienes jurídicos", y para alcanzar su óptima tutela formalé esos marcos de explicitación conceptual que, en forma tácita o expresa, contienen el deber ser conductual, para evitar que sean lesionados, destruidos, puestos en peligro o en controversia, en forma injusta.

Las primeras reglas del deber ser que encontramos contenidas en los conjuntos de normatividad jurídica fueron establecidas por cada sociedad primitiva, de acuerdo con la estructura de la escala de valores que la sustentaba y con la finalidad de procurar su mantenimiento y evolución.

El fundamento de la norma jurídico-penal es el deber de tutelar bienes jurídicos fundamentales, que requieren una protección especial, más eficaz y que se logra con la amenaza e imposición de una pena. Varía de sociedad a sociedad y de sistema a sistema, porque las necesidades que lo legitimaron también fueron diversas.

Además, dentro de un sistema jurídico determinado ese fundamento se va transformando conforme evoluciona la ética de la especie y pudiera suceder que el valor se convierta en disvalor. Eso ocurre en los códigos penales que consideraron necesario tipificar una conducta y después la excluyen.

Esto no se justifica porque a lo jurídico-penal deje de interesarle la protección de ese bien jurídico sino, porque éste pierde su carácter fundamental o ya no es necesaria esa tutela especial, bien sea porque ya no se hace peligrar a la estructura social básica o porque se la cuidará por otros medios.

El deber ser que fundamenta a las normas jurídico-penales está dirigido a tres formas de conducta: 1. La del ciudadano, para evitar que destruya, lesione o bien ponga en peligro o en controversia un bien jurídico. 2. La de la autoridad investigadora o juzgadora, para realizar la valoración jurídica. 3. La del juzgador, para imponer las sanciones.

El deber ser del ciudadano está dirigido a todos los miembros de la sociedad en donde reina la norma (se impone erga omnes). Tiene el cometido de salvaguardar los bienes jurídicos fundamentales del individuo, de la sociedad y del Estado, para evitar que sean atacados injustamente.

El segundo deber ser va dirigido a los encargados de realizar la valoración jurídica del delito (autoridades ministerial y judicial), a fin de evitar que su conducta conculque los derechos individuales de los presuntos responsables y que adquiera una verdadera significación antijurídica.

Por último, el tercer deber ser es sólo para la autoridad judicial o juzgador, quien está encargado de determinar (individualizar con base en las circunstancias) cuáles sanciones le serán impuestas a los infractores del primer deber y no de reparar el orden jurídico, como creyeron algunos penalistas antiguos.

Además, las dos últimas categorías del deber ser pueden ser convertidas en un deber del ciudadano, cuando la autoridad ministerial o judicial transgreden los deberes que les corresponden, ya que con su conducta lesionarán o harán peligrar los valores jurídicos fundamentales de los individuos.

Vamos a ver que el orden jurídico no puede ser reparado, porque la conducta no lesiona o hace peligrar la norma o la ley sino que infringe el deber ser de brindarle respeto al bien jurídicamente tutelado y se hace acreedora a una consecuencia (sanción) que está ligada a ese ataque.

Hay un poco de confusión entre lo que son el bien jurídico y el objeto material. En otras áreas podría ser que el objeto material fuese de posible reparación, aunque no el orden jurídico. En el ámbito penal muchas veces coinciden el bien jurídico y el objeto material y es imposible su reparación. Así, en el homicidio al muerto no puede volverse a la vida.

Podría ser que el daño sea reparado --en muy contados casos--, aunque en la mayoría de las ocasiones debe compensarse con un satisfactor material, generalmente cuantificable en dinero. La compensación debe comprender los daños y perjuicios causados al ofendido o a sus causahabientes. Si el daño no es reparado en dinero porque el autor carece de él, se procederá a la responsabilidad subsidiaria del Estado.

En síntesis, el fundamento de las normas jurídico-penales es un deber ser que está dirigido a brindar la máxima protección a las manifestaciones fundamentales del Derecho, que abriga en sus postulados. Si ese deber ser fue conculcado, la víctima debe obtener la compensación del daño, bien sea del autor o del Estado.

La categoría que adquiere el Estado como deudor solidario o subsidiario del ofendido, es una cuestión que será muy debatida; empero, encuentro su fundamento en el hecho de que el Estado es el tutor jurídico de la sociedad y si no busca los medios eficaces para combatir al delito y evitar ataques a sus bienes, tiene el deber de afrontar las consecuencias.

El deber de protección que emana de los elementos del delito-tipo (precepto y sanción), será esquematizado en los elementos típicos, que contendrán un mayor o menor número de requisitos, según se quiera aumentar o disminuir la tutela.

Por ejemplo, en los delitos contra la vida el homicidio extiende su amparo a cualquier ser humano que está vivo y el parricidio solamente a los ascendientes consanguíneos y en línea recta, sean legítimos o naturales, si el delincuente tiene conocimiento del parentesco y obra con dolo específico.

(53) LA FINALIDAD DE LAS NORMAS PENALES.

Redundando un poco en mi exposición, diré que las normas jurídico-penales tienen como finalidad específica la tutela de las expresiones fundamentales del Derecho, cuando ese es el último recurso que le queda al Estado. Esto van a lograrlo, en primera instancia, con el marco de explicitación del delito-tipo.

Hay autores penalistas y principalmente los criminólogos, que aseguran que el objetivo de las normas penales es el de proteger a la sociedad de los individuos peligrosos. Esta opinión no la comparto y son múltiples las razones que tengo para ello.

Primero, no cumulo con el criterio de la peligrosidad porque la falibilidad de las ciencias sociales, y la criminología pertenece a ellas, hace imposible establecer un criterio cierto del grado de peligrosidad del sujeto. Estimo que han sido confundidas la peligrosidad y la temibilidad. Lo que sí puede medirse, es el grado de temor que el sujeto le inspira a la sociedad.

En segundo lugar, la protección de la sociedad es la meta general de todo el sistema jurídico, que tiene que conservar el statu quo y obviamente, también es el objetivo de cada uno de sus catálogos de normatividad, más resulta ser objetivo mediato y no inmediato de las normas jurídico-penales.

Nuestras normas procuran esa tutela eficaz con su marco de explicación y solamente logran hacerla efectiva cuando son aplicadas en la práctica forense, a través de la relación procesal-penal y con el trabajo del investigador, del juez y del abogado postulante.

La óptima protección jurídica de las manifestaciones fundamentales del Derecho, solamente pueda lograrse en la práctica forense, en donde se hacen efectivos los postulados previstos en las normas penales, con la aplicación y ejecución de las sanciones, previa la comprobación de la existencia del delito y de la responsabilidad.

Con esto, podría entenderse que la única función de mi materia es la de aplicar las penas; es decir, buscar que el delincuente sea castigado, que se le torture y se le haga sufrir, para purgar su culpa como pensarían los criminólogos tradicionalistas. La finalidad de la retribución.

Mas esto no es exacto, porque lo que procura el área de lo punitivo es que la hipótesis normativa sea realizada, que se cumpla con el deber ser jurídico. Al individualizar e imponer las penas, mejor aún las sanciones, el juez está cumpliendo con el deber que le impuso el núcleo social.

Si la hipótesis que está contenida en la norma jurídico-penal prevé que como consecuencia de la violación del deber ser del ciudadano le sean individualizadas o impuestas a sus autores diversas sanciones, eso no es culpa de los penalistas porque se supone que fueron aprobadas en un consenso social.

Que critiquen cuanto quieran los que no saben y creen saber, pero si sus estudios no han logrado tener la fuerza suficiente para cambiar las penas por premios y establecer una ciencia jurídico-premial, no es responsabilidad de los penalistas y tendremos que seguir estudiando todos, para procurar la mejora del "Derecho penal".

A la pena que más se ha atacado es a la de prisión, y sin embargo ahora las reformas penales prevén otras como el trabajo en favor de la comunidad y a los juzgadores les da miedo imponerlo, y tampoco se sabe cómo ejecutarlo y los juspensalistas nada tenemos que ver con eso.

Lo que nunca va a lograrse, por ilógico, es el establecimiento del "Derecho premial". Eticamente hablando, quien cumple con el deber que le es impuesto en las normas no necesita de recompensa o de algún otro reconocimiento especial porque su "yo interno", convencido de que ese valor debe ser respetado, queda satisfecho al hacerlo.

Se evidencia que las normas jurídico-penales están estrechamente ligadas a una escala de valores y que el deber ser tiene que cumplirse, no por la amenaza de la sanción sino por el convencimiento de que sus postulados se encuentran orientados hacia el bien común.

De esta manera, puede desecharse aquellas características que por mucho tiempo predominaron, y que marcaron a nuestra disciplina y que son las de intimidación. La sanción penal no intenta ser intimidatoria ni ejemplar, simplemente debe vérsela como la consecuencia que sigue al incumplimiento del deber.

Por otra parte, la norma jurídico-penal tiene que contener un deber que sea congruente con la naturaleza humana y que pueda ser cumplido por casi la totalidad de los individuos, ya que la norma no ha sido elaborada para los "super-hombres". Aunque todos podamos ser felices la norma no puede imponernos ese deber, porque no está en nuestras manos cumplirlo.

Si así lo hiciera y alguno de nosotros no lograrse alcanzar la facticidad, no sería culpa suya no poder cumplir con un deber ser que es ilógico. Además, no sería un bien jurídico de carácter fundamental, digno de acogerse a la tutela de nuestro sistema.

(54) LA CREACION DE LAS NORMAS JURIDICO-PENALES.

En el vasto mundo de la normatividad o deber ser se encuentran incluidos diversos tipos de normas así que no es válido apropiarnos del término para designar solamente a las proposiciones jurídicas. HUSSLER y KEISEN, en uno en la filosofía y el otro en lo jurídico, nos ayudan a diferenciar la facticidad y la normatividad.

Ambos grupos se encuentran inmersos en lo social, en virtud de que sus principios son elaborados, aplicados y corroborados en este ámbito. Mas cabe recordar que en materia de la normatividad jurídico-penal, la naturaleza no debe ser considerada, si no es en lo necesariamente estricto. (176)

La facticidad está basada en acontecimientos reales, que describen situaciones existentes. En cambio, la normatividad explicita lo que debe ser, lo que no existe, empero, se dará y cuando llegue a ser tiene que adecuarse a determinados requisitos. Una habla de situaciones concretas y presentes; la otra se refiere a hipótesis de realización futura, en abstracto.

La facticidad pertenece al mundo del deber ser, contiene proposiciones predicativas, por ejemplo, "la rosa es roja". Esta afirmación se dedica a describir lo que existe, de acuerdo con lo que se ve. Para elaborar sus postulados utiliza las formas verbales "es", "son", "hago", etc.

Cuando las proposiciones fácticas van a formar leyes, añaden a su terminología la forma verbal "tiene", combinada con alguna otra. Así, tenemos que se dice: "todo lo que sube tiene que bajar", es decir, que lo expuesto será cumplido a pesar de la voluntad humana. Así se forman las leyes naturales.

Estas hipótesis legales solamente fallan cuando han sido mal elaboradas, cuando sus planteamientos fueron equivocados; empero, el curso de la naturaleza puede ser modificado por el deseo humano o finalidad, que descubre las formulas para evitar el acontecer natural, retrasarlo o adecuarlo a sus deseos. Así, un avión puede mantenerse en el aire.

Las leyes de la naturaleza son descubiertas por los individuos, su rumbo fue creado de antemano. En ellas el hombre solamente interviene para darles una expresión gramatical o, como ya dije, para evitar que se cumplan y guiarlas hasta la obtención de sus fines. Algunas de esas conductas dan lugar a un delito-tipo.

Por otra parte, a la normatividad la ubicamos en el terreno del deber ser. Contiene proposiciones normativas, reguladoras del comportamiento humano en sociedad, por ejemplo: A un moribundo se le debe auxiliar. Describe generalidades, modelos o tipos y sus consecuencias. Siempre utilizará las formas verbales "debe ser" o "debe".

A la normatividad pertenecen todos los catálogos conductuales, además de las proposiciones de la lógica y de la ética. Más que describir una obligación encierran un valor, porque sus postulados deben ser cumplidos por convicción y no por intimidación, por evitar las consecuencias que acarrea su inobservancia.

La normatividad jurídico-penal se ubica en esta categoría y forma leyes de la misma índole. Siempre van a ser redactados sus postulados en términos de deber y cuando sean cumplidas o transgredidas, necesariamente intervinirá la voluntad.

La falibilidad de las leyes jurídico-penales atiende a un punto de vista diferente a las de la facticidad, en el entendido de que únicamente dejan de ser útiles cuando la protección al bien jurídico ya no sea eficaz y algunos de sus aspectos queden en desamparo.

Entonces, la necesidad social reclama la reforma (abrogación o derogación) de algunas de las normas o de toda la ley, para ampliar o reducir, en el área penal, los requisitos típicos o bien para hacer desaparecer al delito-tipo. De ello resultan la "tipificación" o "destipificación" y la "penalización" o "despenalización".

Como dije, el hombre puede valerse del acontecer natural para lograr sus fines, cuando éstos hacen peligrar, destruyen, lesionan o contravienen un bien jurídicamente tutelado, surge la posibilidad de que sea integrado un delito. Por ejemplo, valiéndose de la ley de la gravedad, un sujeto le da "un empujoncito" a otro, para que caiga y muera.

Esta razón fue la que hizo que predominara en el ámbito de lo jurídico-penal la finalidad de las conductas o sistema finalista, porque el hombre, ser pensante y actuante, puede adecuar la causalidad para el cumplimiento de sus deseos, delictuosos o no, cambiándole su curso.

Si en un tiempo se pensó que la finalidad quedaba al servicio de la causalidad, se cayó en un craso error, ahora el pensamiento debe ser a la inversa, en el sentido de llegar a la afirmación de que cuando el hombre conoce el rumbo de la causalidad y el de las leyes naturales, puede adecuar su camino a la consecución de sus fines.

Es lógico afirmar que el causalismo ha pasado de moda y que nunca debió tener vigencia, porque lo que le importa al mundo de la juridicidad es que la voluntad vaya encaminada hacia un fin que cumpla con sus postulados y la hipótesis contraria da lugar a una conducta antifurídica y a sus consecuencias.

Precisamente porque la normatividad jurídico-penal está compuesta por modelos conductuales, lo más importante en esas hipótesis es que al ser realizadas intervenga la voluntad o el querer humano, en el entendido de que sin éste, no puede haber conducta. Además, solamente serán sujetos de sus relaciones los seres humanos.

Así, en las normas jurídico-penales el primer momento de la valoración ministerial o judicial está dirigido al elemento subjetivo-material o conducta, que tiene como uno de sus elementos a la voluntad simple (querer), para las personas incapaces y a la voluntad consciente (querer y entender), para los sujetos capaces.

La falta de voluntad libre o consciente hace imposible la configuración del delito en el mundo jurídico, porque no basta con una manifestación objetiva de un comportamiento humano que hizo peligrar, lesionó, destruyó o contravirtió un valor, en ella deben intervenir el querer simple o consciente y la intención o intensidad de ese querer.

Las leyes jurídicas han sido creadas por la razón humana, (177) haciendo una rigurosa selección de las conductas que atentaban en contra de una expresión fundamental del derecho y que requerían de su protección, que inicialmente fueron incluidas en el *ius civile* y que poco a poco fueron desgajándose para especializarse.

Cuando los bienes jurídicos necesitaron una tutela especial y como último recurso de protección efectiva, el orden civil los desgajó en otro catálogo específico, que adquiriría una naturaleza punitiva para diferenciar su consecuencia o sanción. Así, aparecen las normas que integran las leyes penales.

Con esto se demuestra que el consenso social estimó que era necesaria la aplicación de las penas --ahora transformadas en sanciones penales (penas y medidas de tratamiento especializado)--, para hacer efectiva la tutela de los derechos fundamentales del individuo, de la sociedad y del Estado. El razonamiento legitima la pena y a la índole preferentemente constitutiva de nuestra disciplina.

(177) Cfr. MEDINA HERNANDEZ. *La Ley Penal*. Producto de la Razon Humana. Tesis del Curso de Teoría General de la Ley Penal. Cursos de Especialización en Ciencias Penales. División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1985.

Mientras que las sanciones penales no pierdan su legitimidad y su legalidad o hagan innecesaria la existencia de la ciencia jurídico-penal, la materia seguirá en boga y no le harán mella las críticas de los criminólogos y pseudopenalistas.

Además, las sanciones penales han variado, ya no estamos en los tiempos de la Santa Inquisición (aunque algunos lo crean) y la tortura y la quemá en la hoguera ya no existen. Si las autoridades siguen actuando como inquisidoras, el problema ya no es de las instituciones sino de los hombres.

Por otro lado, tenemos generalmente a una proposición del deber ser jurídico-penal, la integran tres deberes de conducta: Uno está dirigido al ciudadano, el otro va para los encargados de la valoración jurídica del delito (ministerial y judicial) y el último, es para el juzgador, al imponer las sanciones.

Al incumplimiento del primer deber le siguen consecuentemente los otros dos, si éstos son incumplidos por las autoridades dan lugar a una variante del primero; es decir, que los deberes de los servidores públicos transgredidos, provocan conculcar otro deber como ciudadanos y pueden dar lugar a un delito.

En la primera etapa de la relación procesal-penal (averiguación previa) los deberes son del ciudadano y del representante social, en la segunda fase (juicio), los deberes están dirigidos al ciudadano, a la autoridad judicial, al Ministerio Público adscrito y a los abogados postulantes. Todos deben atender a las provisiones normativas.

Tanto en la averiguación previa del delito y de la responsabilidad, como en el juicio, el deber ser está dirigido a la protección de los bienes jurídicos del autor de la conducta delictuosa, del ofendido, de la sociedad y del Estado y no nada más a salvaguardar los derechos de las "víctimas", como muchos predicán y no practican.

(55) LAS CLASES DE NORMAS PENALES.

Si abrimos un código penal, podemos notar que en ese catálogo han quedado incluidas diversas clases de normas y no todas tienen como finalidad la de establecer modelos de conductas delictivas. Haciendo un análisis detallado, nos encontramos con una primera clasificación: Normas de las partes general y especial.

De allí, pude obtener cinco grupos más, a saber: 1. Normas descriptivas. 2. Normas justificativas. 3. Normas prohibitivas. 4. Normas descriptivas. 5. Normas sancionadoras. Todas ellas están contenidas en los códigos, no las inventé, simplemente les di el nombre que consideré adecuado.

Cuando el proyectista de la ley ha atendido a su sistemática y a una buena técnica jurídica, acepta la primera clasificación y en la parte general ubica a las normas descriptivas, justificativas y sancionadoras (con principios genéricos que deben aplicarse a todas las situaciones específicas).

Para la parte especial dejara lo que yo denomino delitos-tipo, estas normas prescriptivas y prohibitivas, incluyendo al precepto o proposición y su punibilidad específica. Si la norma está mal estructurada, habrá enseguida otra sancionadora, que enuncie la abstracción de las sanciones.

Las normas de la parte general, en atención a la sistemática de la ley, deben contener los principios básicos de la ley penal, del delito, de la responsabilidad y de las sanciones penales. Las de la parte especial, harán referencia a los delitos en particular y a sus sanciones respectivas.

La parte general dispone las reglas esenciales para realizar la valoración jurídica del delito y de la responsabilidad, para determinar en qué casos las conductas descritas en la parte especial integran un delito, cuándo hay responsabilidad y cuál será la sanción que a su autor corresponde.

Para llevar esas normas a la práctica deben ser observados los parámetros indicadores del código de procedimientos penales respectivo, que están dirigidos a las etapas procesales, a los medios de prueba, al valor probatorio, a la función de los órganos que intervienen en el proceso, a la estructura de las sentencias, etc.

Esto nos lleva a la afirmación de que la ciencia jurídico-procesal penal es la llave para abrir la puerta de la penalidad. La protección de las manifestaciones fundamentales del derecho individual no será efectiva, si no se da su aplicación en la práctica en los foros o en la relación procesal penal.

(56) LA ESTRUCTURA DE LAS NORMAS PENALES.

Las normas descriptivas sirven para enunciar diversas figuras penales, referidas a la ley penal, al delito, a la responsabilidad y a las sanciones (penas y medidas). Hablan de generalidades que pueden ser aplicadas a la valoración jurídica de todos los delitos de la parte especial y de las normas penales especiales.

Son estructuradas como proposiciones predicativas, aunque se diferencian de las del mundo de la facticidad por el hecho de que lo que nos expresan está fundamentado en un deber ser jurídico, que no es necesario que esté incluido en ellas en forma expresa para que exista, su espíritu subsiste en la norma.

Si se dice por ejemplo: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", es porque así ha sido conceptuado el ente jurídico-penal en el mundo de la normatividad que forma la ley punitiva, aunque no deje de reconocerse que existan otras concepciones diferentes del fenómeno definido.

Aquí encontramos normas que describen los elementos del aspecto positivo del delito, las hipótesis que originan su ausencia, la competencia en cuanto a la materia, algunos principios rectores generales del derecho, las bases para la valoración de la responsabilidad, el catálogo de penas y medidas, etc.

Como una de las modalidades de las normas descriptivas, tenemos a las justificativas que nos dan todos los requisitos que debe cubrir una conducta —aparentemente antijurídica—, para que la puesta en peligro, la lesión, la destrucción o la controversia de un bien jurídico, queden justificadas ante la ley.

Hay quienes dicen que estas normas son una expresión de licitud y las denominan "causas de licitud", y que no deben ser llamadas justificativas porque la conducta que las origina es lícita desde su nacimiento y no necesita ser justificada. Pensamiento que no comparto, porque considero que es erróneo.

Prefiero llamarlas "normas justificativas" o "justificantes legales", porque solamente es lícito lo que está permitido y se permite lo que no está prohibido. Cualquier conducta que pretenda acogerse al beneficio de una excluyente de antijuridicidad, ha atacado un bien jurídico y eso no está permitido.

La legislación podrá establecer tantas normas justificativas como considere pertinente. De ordinario han sido reconocidas las siguientes, que se cuentan en un número de siete: Legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, impedimento legítimo, obediencia jerárquica y consentimiento del ofendido.

También las normas sancionadoras son una de las variantes de las descriptivas. Cuando se las incluye en la parte general, regulan sanciones genéricas referidas a determinadas figuras penales como lo son las del concurso de delitos, la tentativa, los delitos cometidos por culpa, etc.

Aunque técnicamente deben formar parte de la estructura de los delitos-tipo (tipo y punibilidad), es perfectamente válido comprender en la parte general esas sanciones genéricas. Esto se hace por economía legislativa y para no enunciarlas después de cada figura delictiva, evitando la tautología legal.

Estas sanciones deben ser aplicadas en todos los delitos-tipo de la parte especial y en las normas penales especiales, cuando se hayan reunido los requisitos indispensables. Rigen para los delitos especiales, como todas las normas de la parte general, cuando en ellos no se contengan disposiciones específicas.

Al hacer el estudio dogmático de los delitos en particular o especiales y en la valoración jurídica ministerial o judicial de una conducta probablemente delictuosa, los principios contenidos en la parte general, deben ser enfocados directamente al delito-tipo de que se trate en cada caso concreto.

(57) LOS DELITOS-TIPO.

Las normas que están contenidas en la parte especial de los códigos penales y que regulan el comportamiento social del individuo, reciben el nombre de delitos-tipo. La doctrina tradicional los llama "delitos" o simplemente "tipos". También los encontramos en leyes de naturaleza no penal (normas penales especiales).

Para que una conducta que lesione, ponga en peligro, destruya o contrevierta una manifestación fundamental del derecho tenga la posibilidad de constituir un delito, en primera instancia se requiere de que se encuentre descrita en un modelo legal, que es el marco de referencia para la valoración jurídica.

Con ello se ha procurado salvaguardar el principio rector general del derecho de la legalidad, que es propio de un estado de derecho y que postula: *Nullum crimen nulla poena sine lege scripta et stricta* (no hay delito ni pena sin ley escrita y estricta), expresado en la prohibición de analogía constitucional.

Recuérdese que la zona no inculpada es jurídicamente válida o constituye un indiferente jurídico. No pueda ser aplicada por analogía o mayoría de razón, pena alguna que no está incluida en el catálogo legal ni inculparse al sujeto por una conducta que no es considerada delito.

El sistema jurídico-penal podría contener todas las figuras delictivas en una fórmula general, que dijera algo así como: "A quien cometa un delito le será impuesta una pena". (178) Pero con ello se propiciaría una inseguridad jurídica tremenda, al ocasionar que no pudiera precisarse qué conductas son consideradas como delictivas.

WELZEL estima que "precisamente por su carácter general no permite conocer qué conductas no están prohibidas. Ni el ciudadano puede saber que es lo que debe hacer u omitir, ni el juez qué es lo que debe castigar". (179)

Así, resulta lógico concluir que los códigos penales deben hacer tipificaciones concretas; es decir, una descripción específica de la conducta que se prohíbe o prescribe, que será relacionada con una creación jurídica que puede nombrarse delito-tipo. Por ejemplo, la conducta de privar de la vida a otro, que dará lugar al delito-tipo y al delito de homicidio.

La materia de la prohibición o de la prescripción permitirá que el ciudadano y la autoridad tengan un conocimiento exacto de las conductas que el orden jurídico-penal ha querido incluir en sus normas, para darles la calidad o calificativo de delitos, propiciando la seguridad jurídica del sector social.

La tipificación de las conductas prohibidas o prescritas, es la base de la antijuridicidad formal, es decir, nos marca los comportamientos que de por sí son contrarios al ordenamiento jurídico, porque se consideró que atacaban injustamente una de las expresiones fundamentales del Derecho.

No cualquiera conducta que lesione, destruya, haga peligrar o contrevierta al derecho, considerado como bien jurídico, es digna de ser incluida en la tipificación de un código penal. Atendiendo al principio de la mínima intervención, la materia punitiva únicamente va a regular y proteger a los bienes jurídicos fundamentales que requieran de una tutela especial.

Es sí, debe procurarse brindarle la óptima protección, añadiendo o suprimiendo determinados elementos típicos y recordando que a menores requisitos les corresponde una tutela más amplia y a la inversa. En los tipos deben ser recogidas todas las posibles conductas que puedan atacar esos bienes jurídicos.

(178) WELZEL. El Nuevo Sistema de Derecho Penal. pp. 44/s. Ediciones Ariel. Barcelona, 1964.
(179) IDEM. p. 44.

Esos delitos-tipo, al ser incluidos en los códigos penales, deberán quedar agrupados en "familias de bienes jurídicos", atendiendo a la expresión fundamental del derecho que pretenden tutelar. Por ejemplo, tenemos a los delitos contra la vida y la salud personales: Homicidio, lesiones, parricidio, aborto, etc.

Los delitos-tipo pueden ser "cerrados", cuando completen de modo exhaustivo la prohibición o la prescripción, conteniendo un número mayor de requisitos típicos. Así, el artículo 312^o del CPF considera como parricidio: La privación de la vida de un ascendiente consanguíneo y en línea recta, legítimo o natural, cuando el ascendiente conoce el parentesco y obra dolosamente.

También hay delitos-tipo "abiertos", que son aquellos que necesitan de un complemento. Así, los delitos cometidos por culpa, en los cuales el juzgador va a determinar la exigencia del deber ser de obrar con el debido cuidado, atendiendo a las características particulares del autor de la conducta.

En esta última hipótesis encontramos una falla al principio rector general del Derecho en el área penal, que dice: *Nullum crimen sine lege* (no hay delito sin ley), que sin embargo es válida e imposta por la naturaleza de la manifestación de la conducta que, por economía legislativa, no puede ser incluida en todos los tipos.

Lo preferible es que, por lo menos, la mayoría de las normas penales que describen un delito-tipo lo hagan en forma "cerrada", para que la conducta a observar sea precisa y el mandamiento "no hay delito ni pena sin ley", esté garantizado y propicie la seguridad jurídica.

A los delitos-tipo puede encontrárseles en una norma prohibitiva o prescriptiva. (180) La primera nos habla de la abstención de un comportamiento y la segunda de su realización. La una contiene un deber ser jurídico de no obrar y la otra, de obrar.

Aunque en su redacción no sea incluido en forma expresa el deber ser jurídico-penal, éste debe ser obtenido al hacer la interpretación teleológica de la norma, buscando su fin. En las más de las ocasiones el deber es tácito, aunque siempre existe. El deber ser es el fundamento de las normas y de la antijuridicidad.

Además, una norma que describe la conducta delictuosa (delito-tipo) bien integrada, debe estar compuesta por precepto y sanción (tipo y punibilidad). En nuestro sistema jurídico-penal queda dentro de esta exigencia nada más la sanción del delito doloso, la del culposo está contenida en la parte general.

De ordinario, es utilizado un artículo del Código Penal para cada delito-tipo y allí quedan contenidos el precepto y la sanción. Por excepción, un artículo contiene el tipo y otro la punibilidad, o bien se da uno para el precepto y varios para la abstracción de las sanciones, ante diferentes hipótesis.

(58) LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS PENALES.

En primer lugar, nuestras normas jurídico-penales son externas y de ello deriva que la materia de la regulación está haciendo referencia a las formas en que puede ser manifestada la voluntad del sujeto. Solamente en determinados supuestos aluden a los aspectos internos, como lo son la intención, los móviles, etc.

Regulan la parte exterior del comportamiento: Acción y omisión y así, quedan incluidos los resultados que con ellas pueden producirse (jurídicos y/o materiales). Esto es, que marcan el comportamiento que el hombre debe adoptar para evitar la lesión, la puesta en peligro, la destrucción o la controversia del derecho.

Son los parámetros a seguir para que la actuación humana sea conforme a sus derechos. Los aspectos internos aluden a la finalidad, a la intención, a los móviles, etc. Además de que para integrar una conducta se requiere de su aspecto interno, emocional o volitivo: Voluntad o querer simple (para incapaces) o consciente (para capaces).

También son heterónomas, toda vez que la obligación de cumplir con el deber ser jurídico-penal emana de una voluntad distinta a la del sujeto obligado. Es decir, que por encima de él se encuentra la voluntad común de constituir un orden normativo que regule la conducta en sociedad.

Cada uno de los integrantes del núcleo social enajenó una parte de su libertad de ejercitar el derecho natural de que gozaba, en favor del núcleo y delegó en sus representantes comunes (gobierno), que con los tutores jurídicos y se encargan de establecer las obligaciones para salvaguardar el derecho de todos, una facultad.

Hay que recordar que el mandato o deber ser jurídico-penal debe cumplirse por convicción, por el convencimiento de que lo ordenado por el sistema jurídico es justo y no por el temor de que nos sea impuesta una sanción, como consecuencia de no acatar los mandamientos legales.

Así, la función intimidatoria del ordenamiento penal no es tal, y la imposición y ejecución de una sanción (pena o medida de tratamiento especializado) encuentra su legitimación y se convierte en la justa consecuencia por haber asumido una conducta contraria a las prescripciones legales.

Son normas bilaterales, porque frente al sujeto obligado existe una persona pública que está facultada para exigirle el cumplimiento del deber ser jurídico-penal. Este servidor social goza del famoso *ius puniendi*, que es el derecho de sancionar penalmente (aplicar la consecuencia del delito).

Además, también establecen un derecho y una obligación para ambas partes y sujetan a todos los individuos que intervengan en una relación procesal-penal. Para cada uno de ellos habrá una manifestación de su derecho salvaguardada y un deber a cumplir, tácitos o expresos en el contenido de la norma.

Esa resulta ser una de las características más importantes de todo el sistema de la normatividad jurídica: Que se ha procurado que las expresiones fundamentales del derecho de todos los individuos que intervengan en el proceso, se encuentren a salvo en la diaria actividad que se lleva a cabo en los foros.

Por ello, aquellas expresiones como "derecho protector de los criminales" u otras análogas que solían emplearse para denominar a nuestra disciplina, no resultan ser muy acertadas, que digamos. Sería preferible la de "derecho de la defensa social", aunque recordando que el fin primordial de la materia es la protección de los bienes jurídicos.

Siguiendo el mandato constitucional contenido en el artículo 139, que dice: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas", las normas del sistema jurídico-penal tienen una característica más, que es la de generalidad, porque no han sido elaboradas para juzgar nada más a determinada persona sino a todos.

Mientras que la ley está en vigor, sus normas y deberes tienen que ser acatados por todos los integrantes de la sociedad, sin distinciones en cuanto a sexo, edad, raza, religión, etc. y les serán aplicadas a todos aquellos que puedan ser sujetos del *ius puniendi* o derecho de sancionar penalmente.

Este carácter está relacionado con la abstracción y la permanencia, en el entendido de que las normas penales no hacen referencia a un caso concreto (abstracción) y porque tendrán fuerza obligatoria (permanencia), mientras estén vigentes y no sean abrogadas o derogadas.

Hay que distinguir entre la dirección de la ley, que es para todos, y entre quienes pueden ser sujetos de una relación procesal-penal ordinaria. En el último supuesto se encuentran excluidos los menores y los militares, que se rigen por legislaciones especiales (leyes tutelares y Código de Justicia Militar).

Nuestras normas son coactivas, porque enseguida del precepto contienen una amenaza de la consecuencia penal (imposición de las sanciones), por si alguno osare desobedecerlas. Esa sanción, en nuestra área y referida a las personas capaces, recibió el nombre de pena y de allí, surge la denominación de nuestra materia.

Para que esa sanción pueda hacerse efectiva (ejecución), la norma jurídico-penal es coercitiva, lo cual quiere decir que la consecuencia debe ser ejecutada en la persona o en los bienes del infractor, aun en contra de su voluntad y consiste en la privación de algún derecho como la vida, la libertad, el patrimonio, etc.

También y como la última de sus características, podemos decir que la norma punitiva es subalternante, porque intenta conseguir la protección más completa para los bienes jurídicos que le han sido encomendados, para que los acople en su tutela y garantice las expresiones del Derecho.

Como todo el ordenamiento jurídico-penal interesa a la sociedad, pertenece al llamado "derecho público". Las normas penales, cualquiera que sea su modalidad, son de ese orden público y protegen bienes jurídicos del individuo, de la sociedad y del Estado, otorgándoles la más amplia de las tutelas.

(d) DE COMO LO JURIDICO SE TRANSFORMA EN LEGAL.

Como ya he dicho, la inclusión de las manifestaciones del Derecho natural de los individuos en una norma, solamente puede brindarle una protección parcial; por ello es necesario que las normas se transformen en ley, para que puedan ser aplicadas a las relaciones del proceso penal.

Esto va a ser logrado mediante un proceso legislativo previamente establecido en los parámetros constitucionales, que culmina con su entrada en vigor otorgándoles un carácter positivo y que termina cuando son abolidas o derogadas por una ley o norma diversa.

El conjunto de normas jurídico-penales da lugar a una ley de la misma naturaleza, de la cual nos es necesario conocer sus fuentes, dogmas, características, destinatario, proceso de creación y la forma en que es suprimida.

De todo ello hablaré en los incisos sucesivos, procurando exponer con claridad las ideas que conforman mi pensamiento y las opiniones de diversos autores en la materia. Relacionaré las demás áreas jurídicas con la pena, en la medida en que me sea posible.

(59) LA LEY PENAL, PRODUCTO DE LA RAZON HUMANA.

Como todas las leyes jurídicas, la penal ha pasado por un proceso de ratiocinio a través del cual se logró ver la necesidad de darles una protección eficaz, más efectiva, a determinadas expresiones fundamentales del Derecho, pensamiento que constituye la base de su legitimidad.

Las leyes jurídicas no fueron descubiertas ni expresadas gramaticalmente por los individuos, como las de la naturaleza o causalidad, sino que fueron creadas por la razón del hombre atendiendo a la necesidad social de proteger las expresiones fundamentales del Derecho y conservar el *statu quo* social.

Por ello, sus proposiciones son normativas y en ellas debe intervenir el verbo "deber", en sus varias conjugaciones. Están dirigidas a regular el comportamiento humano en la sociedad civil y primordialmente a la protección de ciertos bienes jurídicos de naturaleza fundamental. (181)

Como las leyes jurídico-penales y de las demás áreas fueron creadas por la inteligencia del hombre, cuando tomó consciencia de la necesidad de que existieran, él mismo está facultado para ponerlas en vigor, modificarlas o suprimirlas, en el momento en que lo considere pertinente.

(181) Cfr. MEDINA HERNANDEZ. Op. cit., *La Función del Derecho Penal Como Protección a los Bienes Jurídicos*. Tesis del Curso de Teoría de los Presupuestos y Elementos Típicos. Cursos de Especialización en Ciencias Penales. División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho. UNAM., 1985.

(60) LAS FUENTES DE LA LEY PENAL.

El término "fuente" significa "manantial que brota de la tierra, el principio o fundamento de algo". (182) Alude al lugar de donde surge o emana un líquido y, aplicado a las leyes jurídicas, podría decirse que es el origen, principio o sustento de ellas, según JIMENEZ DE ASUA. (183)

PAOLI opina que "fuente de algo es aquello que la produce, le da vida, la hace existir". (184) En mi concepto, la acepción que debe ser aplicada a las fuentes de la ley penal, hace referencia a su fundamento, a lo que la nutre y en función de lo cual tiene vida.

Como en todo, cuando los doctrinarios jurídicos suelen tratar lo relacionado con las fuentes, confunden al derecho con la norma y con la ley. Hacen muchas clasificaciones, dan múltiples conceptos y dispares opiniones, logrando que el panorama se oscurezca para los estudiantes.

Se habla de fuentes de producción y de conocimiento. (185) De mediatas e inmediatas; (186) de formales y substanciales; (187) de directas o indirectas o coadyuvantes; (188) de fuentes del derecho objetivo, subjetivo, de conocimiento, directas o indirectas; (189) de fuentes internas, externas, inmediatas, directas, indirectas, implícitas, explícitas, oficiales y no oficiales, (190) y de fuentes formales, reales e históricas. (191)

Por lo que trata de la ciencia jurídico-penal, no existe un parecer unánime con relación al lugar que debe ocupar el tema "fuentes de la ley", en su sistemática de estudio, algunos lo ubican en el marco conceptual de la introducción y otros en la teoría de la ley penal.

En mi pensamiento, las fuentes de la ley penal deben quedar incluidas en su teoría general; es decir, que es al segundo de los temas genéricos de la sistemática de la ciencia jurídico-penal, recordando que en la dogmática y en la legislación ocupa el primer lugar. (192)

Además, cabe hacer una distinción entre fuentes del derecho, de la norma penal, de los principios rectores generales del derecho, de la jurisprudencia y de la doctrina. Todas son clasificables en fuentes mediatas e inmediatas y ya no cabe la posibilidad lógica de hacer más subdivisiones.

Si atenemos al significado del vocablo "fuente", que es el de lugar de donde emana algo o lo que le da sustento, notamos que en este apartado únicamente debe hacerse alusión a los hechos o situaciones que originan los conceptos jurídicos fundamentales y no a la manera en que son producidos o elaborados.

OVILLA MANDUJANO distingue entre las fuentes de la ley y el Derecho y explica: "En la terminología jurídica, la palabra fuente tiene dos acepciones generalmente no admitidas: Fuentes de la ley y fuentes del Derecho. He aquí un asunto muy importante, ya que no es lo mismo referirse al todo (en este caso el Derecho) que a una parte (en este caso la ley)". (193)

-
- (182) Cita de PORTE PETIT. Op. cit., p. 49.
(183) JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., p. 85.
(184) PAOLI. Il Diritto Penale Italiano. Tomo I, p. 110. Padua, 1936.
(185) PORTE PETIT. Op. cit., pp. 100 y ss. ANGLISEI. Op. cit., p. 41, PETROCELLI. Op. cit., p. 110. RANIERI. Diritto Penale, p. 28. Milán, 1942
(186) SANTANIELLO. Manuale di Diritto Penale, p. 9. Milán, 1957.
(187) MANZINI. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, p. 244. Buenos Aires, 1948. REYES. Derecho Penal, pp. 81 y ss. Universidad del Externo de Colombia. Bogotá, 1980.
(188) BNTAGLIANI. Diritto Penale, pp. 21/3. Padua, 1949.
(189) PUG PERA. Derecho Penal. Tomo I. p. 113. Madrid, 1955.
(190) MASAVENI. Nuevo Derecho Penal, pp. 31/2. Madrid, 1929.
(191) GONZALEZ ROURA. Derecho Penal. Tomo I. p. 126. Buenos Aires, 1958.
(192) SUPRA. Soc. Sn Preliminar. Inciso (C). La Sistemática.
(193) OVILLA MANDUJANO. Op. cit., p. 339.

Continúa exponiendo: "De allí que podamos distinguir y avocarnos al estudio de las fuentes de la ley, porque si nos introdujeramos en las fuentes del Derecho, tendríamos que decir que las fuentes son: Reales e históricas". (194) Para definir las utiliza básicamente los mismos términos que **GARCÍA MAYNEZ**. (195)

En el orden de ideas que he venido manejando, con relación al Derecho, su fuente no puede ser otra que la naturaleza, toda vez que es un concepto natural de carácter intuitivo, del cual gozan todos los seres humanos desde el momento de su nacimiento hasta su muerte.

Cuando el Derecho debe ser expresado en términos de la razón humana, da lugar a las normas jurídicas, cuyas fuentes son: La naturaleza, la necesidad social, la jurisprudencia y la doctrina. Siendo la ley un conjunto de normas, sus fuentes son las mismas que he mencionado.

De los principios rectores generales del Derecho, sus fuentes son idénticas a las que poseen las normas y la ley. La jurisprudencia emana de las decisiones judiciales, que consideran todos los aspectos anteriores. Ni que decir de la doctrina, que se encarga de estudiar esos conceptos jurídicos fundamentales.

Atendiendo a mi clasificación, son fuentes mediatas de la ley penal: La jurisprudencia, los principios rectores generales del Derecho y la doctrina. Su única fuente inmediata es la necesidad social, expresada en términos de la razón humana, que legitima su creación.

La fuente inmediata de nuestras normas jurídico-penales lo es también la necesidad social de dar una protección especial a las manifestaciones fundamentales del Derecho, procurando la salvaguarda del statu quo social.

De esta misma necesidad de la sociedad, pueden derivar todas las demás clasificaciones de las fuentes de la ley penal que han sido elaboradas por los doctrinarios de nuestra materia y de áreas diversas. Esto porque, como ya lo dije, la necesidad fundamenta su legitimidad.

(61) LOS DOGMAS O GARANTÍAS PENALES.

Los llamados "dogmas" o "garantías penales", no son otra cosa que los principios rectores generales del Derecho, que ha acogido la tutela punitiva para salvaguardar sus manifestaciones fundamentales dentro del ámbito de lo jurídico-penal, procurando su libertad y su ejercicio justo y legítimo.

A estos principios podemos encontrarlos contenidos en la CPEUM y, entonces, adquieren un rango de "garantía" porque en sus mismos postulados está regulado el procedimiento que debe ser seguido, para hacer efectiva la tutela de esas expresiones del Derecho.

También algunos de los códigos penales más modernos los incluyen en su cuerpo de normatividad, aunque estén o no expresamente escritos, guían la protección del Derecho y flotan en el ambiente de los foros jurídico-penales, como dogmas o máximas que deben ser respetados.

Entre los principios rectores generales del Derecho en el área penal, podemos contar los siguientes:

1. **PRINCIPIO DE LA MÍNIMA INTERVENCIÓN.** Que significa que la tutela penal nada más debe extenderse a los bienes jurídicos fundamentales que necesiten una protección especial para su efectiva salvaguarda.

2. **PRINCIPIO DEL ÚLTIMO RECURSO.** Quiere decir que antes de regular una conducta que lesione, destruya, ponga en peligro o contravierta una expresión fundamental del Derecho como delictuosa, debe procurarse la tutela por otros medios jurídicos.

3. **PRINCIPIO DE LEGALIDAD O DE RESERVA.** Es aquel famoso "No hay delito ni pena sin ley escrita y estricta", que caracteriza al estado de derecho y prohíbe inventar delitos y penas.

(194) IDEM. pp. 339/40.

(195) GARCÍA MAYNEZ. Op. cit., p. 34.

4. **PRINCIPIO DE LA PENA LEGAL.** Significa que están prohibidos los procesos de analogía o mayoría de razón, al imponer las penas y que además de legales éstas deben ser legítimas.

5. **PRINCIPIO DE JUSTO PROCESO.** Es imperativo el previo juicio, ante los tribunales previamente establecidos y con las formalidades esenciales del procedimiento.

6. **PRINCIPIO DE LA EJECUCION JUSTA.** La pena o la medida de tratamiento especializado (sanción o consecuencia penal), debe ser ejecutada y cumplida en los términos que marcan la ley y la sentencia (pertenecen más bien al campo de la ley de ejecución de sanciones).

7. **PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY PENAL.** Indica que nadie puede ser juzgado por leyes privativas o tribunales especiales, y que ante la ley penal todos tienen garantizado el ejercicio de sus derechos.

8. **PRINCIPIO DE INOCENCIA.** Salvaguarda de todas las manifestaciones del Derecho, en el sentido de que nadie debe ser considerado como responsable ni privado de sus bienes, hasta que se pruebe la existencia del delito y de la responsabilidad.

9. **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.** Concebido como la previa integración de todos los elementos del delito, que finaliza con la culpabilidad o temibilidad, para poder aplicar las consecuencias (sanciones).

Como dije algunos de ellos fueron elevados al rango de "garantías constitucionales", otros los contiene la legislación penal o procesal penal y algunos más viven permanentemente en la conciencia del juzgador; empero, es factible concluir que todos tienen que ser aplicados.

Si para designarlos tradicionalmente ha sido empleado el término de "garantías constitucionales", esto no quiere decir que esté bien. En mi concepto no son garantías, sino derechos garantizados en la parte dogmática de las constituciones; no es lo mismo ser garantía que estar garantizado.

Resulta más correcto denominarlos "derechos humanos" o "manifestaciones esenciales del Derecho". El primer término lo emplea la Organización de las Naciones Unidas; yo acojo al segundo y también lo equiparo con los "principios que sustentan a la ley penal", separando los que son propios del área procesal penal.

Mi listado no es restrictivo, pudieron habérselo escapado otros, aunque en él pueden ser incluidos todos aquellos derechos que están arraigados e históricamente condicionados a la conciencia popular y que tienden a lograr la óptima protección de las manifestaciones fundamentales del Derecho.

(62) LAS CARACTERISTICAS DE LA LEY PENAL.

Entre otras, se me ocurre que puedo mencionar como características de la ley penal a las siguientes: Subordinada al ordenamiento jurídico-normativo fundamental del Estado (CFEM), para no conculcar legalmente los derechos garantizados en él.

Es reguladora o normativa de la conducta en sociedad, desde un plano netamente jurídico. Es de tutela especial para los bienes y derechos fundamentales del individuo, de la sociedad y del Estado. Es preferentemente constitutiva, porque crea sus propios entes y fenómenos jurídicos.

Resulta excepcionalmente sancionadora, al incluir en sus parámetros conductas que ya están reguladas en otros ordenamientos jurídicos de naturaleza diversa a lo punitivo. Previsora, ya que trata de regular todas las posibles formas de ataque a los bienes jurídicos que le han sido encomendados.

Tiene dinamismo, en el entendido de que debe atender a las necesidades sociales siempre cambiantes. Coactiva, porque sus normas contienen la amenaza de una sanción punitiva y como goza del poder estatal para cumplir con esas amenazas, a pesar de la voluntad del sujeto obligado, es coercitiva.

Surge como punitiva, porque sus sanciones o consecuencias son penas y medidas de tratamiento especializado (privación de bienes). Imperativa, ya que sus normas están expresadas en forma de mandatos por cumplir. Es substancial, porque protege la esencia de las manifestaciones del Derecho.

Debe ser clara y precisa en sus mandatos y esto no es óbice para que sea interpretable e integrable con todo el sistema jurídico y cultura (método hermeneúutico), para lograr la protección lo más extensa posible de las expresiones fundamentales del Derecho que le han sido encomendadas.

Por último es general, abstracta y permanente, como lo son todas las normas que contiene, resultando razonable, cuando ya no cumpla con el objetivo inmediato de brindar una óptima tutela a los bienes jurídicos fundamentales del individuo, de la sociedad y del Estado.

Estas características que mencioné para la ley jurídico-penal fueron las que me parecieron más importantes, sin olvidar las que enumeré cuando traté lo referente a la norma penal, en el entendido de que nuestra ley está integrada por un conjunto de normas de naturaleza punitiva.

(63) EL DESTINATARIO DE LA LEY PENAL.

Ahora bien, me queda por determinar quiénes son los sujetos destinatarios de la ley penal; es decir, qué personas tienen el deber de cumplir con la obligación que emana de los postulados de cada una de las normas con las cuales se encuentra integrada.

En la doctrina jurídico-penal existen varias opiniones dispares a este respecto; una de las principales pugnas es en torno a si va dirigida a los órganos del Estado exclusivamente o también a sus súbditos, y en este último apartado se discute si es para todos o sólo más para los individuos que resultan capaces. (196)

Así por ejemplo, VANINI dice que las normas que componen la ley penal solamente van hacia los sujetos capaces de entenderla, de sufrirla, y que por lo tanto sus destinatarios solamente pueden serlo las personas maduras y sanas de la mente o sea las que son psíquicamente capaces. (197)

Vamos a ver que la normatividad jurídica en general, fue creada para regular los comportamientos humanos dentro de la sociedad civil. Eso nos lleva a la conclusión de que el pensamiento más certero es que sus parámetros de explicitación están dirigidos hacia la conducta de todos los integrantes del núcleo.

En la dirección de la ley, que es distinta a su aplicación, no se distingue de manera alguna por cuestiones de edad, raza, sexo, color, actividad económica, matices culturales, posición social, tendencia política, etc. Decir "todos" engloba a cualquiera, y para todos han sido creadas estas formas de conducta exigibles.

FORIE PETIT expone: "Nuestro criterio es en el sentido de que destinatarios del Derecho Penal son todos aquellos individuos sin distinción de ninguna especie, que tienen obligación de acatar, de obedecer las leyes penales". (198)

En verdad, la dirección de la ley penal no hace distinciones entre los órganos del Estado y sus súbditos y tampoco entre estos últimos; en todo caso, ambos tienen sus deberes muy bien diferenciados en las normas jurídico-penales y es un imperativo categórico que cumplan con ellos.

Es de que hay que atender a la capacidad o incapacidad (imputabilidad e inimputabilidad), para ver a quién van dirigidos esos mandatos, tampoco es válido puesto que ya dije que en la dirección de la ley penal no hay distinciones, ni siquiera en atención a la capacidad mental o a la edad.

Cuando la ley empieza a establecer sus diferencias es en el momento en que van a ser aplicadas sus normas, ya que aquí sí que se debe atender a las características de poseer capacidad para ser el sujeto pasivo de una relación procesal-penal, en virtud de los tipos de procedimiento establecidos.

(196) En la primera postura se encuentran: MAGGIORE. Op. cit., pp. 41/4. ANTON ONECA. Derecho Penal. Tomo I. p. 8. Madrid, 1949. ANTOLISEI. Op. cit., p. 35. Entre los segundos tenemos a PETROCELLI. Op. cit., pp. 91/101. y CAVALLI. Diritto Penale. Tomo I. p. 157. Nápoles, 1948.
(197) VANINI. Manuale di Diritto Penale. p. 27. Firenze, 1947.
(198) FORIE PETIT. Op. cit., p. 122.

Tanto a los capaces como a los incapaces les es aplicada, aunque para los llamados "inimputables" hay reservas y variantes, que ya me encargaré de explicar. Dentro de esta categoría puede hacerse otra excepción, puesto que a los militares les es aplicada una ley penal especial.

El Código de Justicia Militar regula el comportamiento de todas las personas que pertenecen al ejército, a las fuerzas armadas. En él están contenidas las faltas y los delitos en contra de la disciplina castrense, los principios para regularlos y la manera de llevar a cabo el procedimiento.

Los menores de una edad determinada no son sujetos de la relación procesal-penal y solamente se atiende a nuestro código punitivo para averiguar si han realizado algunos de los comportamientos allí previstos, aunque no en el sentido de delitos sino de faltas o conductas antisociales.

(64) EL PROCESO DE CREACION DE LA LEY PENAL.

No toca hacer referencia a la forma en que las normas jurídico-penales son elevadas al rango de ley; es decir, a la manera como adquieren su legalidad, una vez que han sido legitimadas, tomando como fundamento de su proyección a las necesidades imperantes en la sociedad.

El proceso de creación de las leyes penales es llevado a cabo en la práctica por los órganos del Estado en forma exclusiva; los juristas, los jurisprudentes, los jurisperitos y otros profesionales únicamente podrán participar en esta tarea, elaborando proyectos que podrían quedar convertidos en leyes.

Esos proyectos lo presentarán ante el titular del Poder Ejecutivo, para que los analice y si son aprobados, los mandará a las Cámaras de Senadores y Diputados al Congreso de la Unión en forma de iniciativas de ley, para que los discutan y así será iniciado el proceso de creación.

Los pasos del importante camino que siguen los proyectos para llegar a convertirse en ley, son los siguientes: a) Iniciativa. b) Discusión. c) Aprobación. d) Sanción. e) Publicación. f) Inicio de vigencia. Voy a particularizar en su estudio en los siguientes incisos.

(a) EL TITULAR DE LA CREACION.

El único órgano social que goza de la facultad para crear las leyes penales lo es el Estado, a través de su órgano legislativo federal o local. Los legisladores están organizados en un sistema bicameral; es decir, con dos cámaras: De Diputados y Senadores al Congreso de la Unión. (199)

Las facultades que están dirigidas a las cámaras del Congreso en nuestro país, pueden ser divididas en dos grupos: A) Las ejercidas separadamente. B) Las ejercidas sucesivamente. Admiten una subdivisión: a) Las exclusivas de cada cámara. b) Las que deben ejercitarse como asamblea única. c) Las comunes de ambas cámaras. (200)

La función legislativa (creación de leyes) es realizada en forma separada y sucesivamente; sólo es agotada en un doble proceso cameral o sea que la iniciativa, debe pasar por las cámaras de Diputados y Senadores, según lo ordena el artículo 72 CPEUM.

En el acto jurídico legislativo es creada una situación normativa general, abstracta, impersonal, mediante una ley o un reglamento. Las leyes pueden emanar del Congreso de la Unión, del Presidente de la República (Ejecutivo) o del poder revisor, según nos explica DE LA MADRID. (201)

Las resoluciones de nuestro Congreso pueden llegar a convertirse en leyes o en decretos, atendiendo al artículo 70º CPEUM. Aquellas que versen sobre materias que tengan interés común, serán leyes. Los decretos se refieren a una misma órbita y sólo son relativos a determinado tiempo, lugar, corporación, establecimiento o persona. (202)

(199) Artículo 50 CPEUM. DE LA MADRID HURTADO. Elementos de Derecho Constitucional, p. 431. Instituto de Capacitación Política. Partido Revolucionario Institucional. México. 1982.

(200) DE LA MADRID HURTADO. Op. cit., p. 442.

(201) *Idem.* p. 13.

(202) DE LA MADRID HURTADO. Op. cit., p. 454.

El mismo DE LA MADRID diferencia: "La ley emana de ambas cámaras para ser aprobada por el Ejecutivo Federal, y es, a la vez, producto o resultado de un acto formalmente legislativo". (203)

También tendreros que atender a si la ley va a regir tan sólo en determinado Estado, o tendrá carácter federal, para dividir el proceso legislativo. Como no soy constitucionalista, voy a tratar el tema en forma genérica, con sus pasos sucesivos.

Además, también debemos hacer notar que el Congreso de la Unión Federal funciona en el fuero común, por cuanto está referido al Distrito Federal, y que todos los Estados en un tiempo tuvieron una copia casi idéntica al Código Penal de 1931, creyendo que por tener carácter federal sus postulados eran correctos.

(b) LA INICIATIVA.

Como su nombre lo indica, la iniciativa es el primero de los pasos del proceso legislativo, mediante el cual se pretende otorgarle el carácter de ley a un proyecto. En ella algunos de los órganos del Estado, federal o locales, someten a la consideración del Congreso de la Unión un proyecto de ley.

Tienen derecho a proceder a la iniciativa: El Presidente de la República, los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, según el numeral 71º CPEUM.

Las que presentaren el Presidente y las legislaturas o diputaciones de los Estados, pasarán a la comisión. Las de las cámaras deben sujetarse a los requisitos que enuncia el Reglamento de Debates. (204)

(c) LA DISCUSION

El acto mediante el cual las cámaras deliberan acerca de la aprobación, reprobación o reforma del proyecto de ley, recibe el nombre de discusión. Con ella va a ser resuelta en definitiva la aprobación del proyecto legislativo que les fue turnado en la iniciativa.

La discusión es el trabajo de ambas cámaras (Diputados y Senadores al Congreso de la Unión). Su comienzo puede ocurrir en cualesquiera de las dos; la que inicie será nombrada cámara de origen, mas este principio adquiere sus excepciones.

"Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones". (205)

(d) LA APROBACION.

Una vez que ha sido obtenida la aprobación de la cámara de origen, el proyecto es remitido a la cámara revisora para su correspondiente voto aprobatorio. Cuando ha sido aprobado por ambas cámaras, significa que el proyecto presentado en la iniciativa fue aceptado.

Para dar su aprobación las cámaras recurren al voto, el cual puede lograrse por mayoría absoluta o relativa y la aceptación puede ser total o parcial. Aquí termina el trabajo de las cámaras y el proyecto de ley aprobado debe enviarse al titular del Poder Ejecutivo.

(e) LA SANCION.

Después de que la iniciativa fue discutida y aprobada en las cámaras de origen y revisora, toca su turno al Presidente de la República para proceder a la sanción. Esta puede entenderse como el acto a través de cual el Ejecutivo acepta una iniciativa de ley. Puede negarla ejercitando su derecho de veto, facultad que no es absoluta.

(203) IDEM. pp. 454/5.

(204) CFR. Inciso H del artículo 72º CPEUM.

(205) Artículo 72º, primer párrafo CPEUM.

Si la iniciativa fue aprobada por las cámaras y fuere vetada por el Ejecutivo, regresará a la cámara de origen para la discusión de las observaciones que le fueron hechas. Si no fue ejercitado el derecho de veto, continuará el proceso legislativo.

(f) LA PUBLICACION.

Si el proyecto ha quedado convertido en ley al haber sido aprobado y sancionado, lo que precede es su publicación en el periódico oficial, a efecto de que sea conocida por los súbditos del Estado, quienes estarán obligados a cumplir con todos y cada uno de sus preceptos.

Es importante este último paso del proceso legislativo, sobre todo en la materia jurídico-penal, porque uno de los principios rectores generales del Derecho preceptúa que: "La ignorancia de la ley no nos exime de su cumplimiento". Como ya veremos, este principio debe tener sus justos límites. (206)

Por lo pronto, cabe hacer hincapié en el hecho de que el Estado tiene la obligación de dar a conocer todas las leyes que cumplieron con el proceso legislativo, a los integrantes del núcleo social en el cual regirán, para poder exigir el cumplimiento de los mandatos que de ellas emanan.

(g) EL INICIO DE VIGENCIA.

La ley penal inicia su vigencia en el momento en que empieza a tener fuerza obligatoria, como todas las demás. (207) En nuestro sistema jurídico, la iniciativa de vigencia puede ser sucesiva o sincrónica.

El inicio de vigencia es sucesivo si comienza tres días después de su publicación en el Diario Oficial, añadiendo un día más por cada cuarenta kilómetros o fracción que exceda de la mitad, para lugares distintos al de la publicación. (208)

Es sincrónico, cuando la misma ley ha establecido en sus artículos transitorios la fecha en que debe comenzar a regir, con la condición de que haya sido publicada con anterioridad. (209) En ambos casos, previa al inicio de vigencia debe hacerse la publicación.

Para resolver el problema de la vacatio legis, (210) la ley debe disponer un término prudente entre la fecha de su publicación y la de su entrada en vigor. Si no lo hace deberá iniciar con un sistema sucesivo, para que los obligados tengan la posibilidad de conocer las disposiciones de las leyes que deberán cumplir.

(E) DE COMO DEBE SER APLICADA LA LEY PENAL.

El estudio del Derecho, de las normas jurídicas, de los principios rectores generales del Derecho, de la jurisprudencia y de la doctrina, es hecho por científicos, con el fin de brindarle una óptima protección a las expresiones del Derecho que se convierten en bienes jurídicos, en la práctica forense.

Cuando ese cúmulo de conocimientos llega a ser aplicado en las relaciones procesales (práctica forense), el investigador del delito, el juzgador, el abogado defensor y el postulante convierten a nuestra ciencia en un arte jurídico.

En este orden de ideas me permito afirmar que el fenómeno de lo jurídico es, a la vez, una ciencia y un arte. (211) Hay que concluir que los estudios científico-jurídicos no están solamente referidos al ámbito de la ciencia, que también son eficaces en el mundo de la facticidad, al llegar a la práctica procesal.

(206) En el error de Derecho, como hipótesis de ausencia de conducta, al anular la consciencia.

(207) OVILA MANDUJANO. Op. cit., pp. 346 y ss.

(208) Cfr. artículo 3º CCP.

(209) Cfr. artículo 4º CCP.

(210) DE LA MARRID HURTADO. Op. cit., pp. 459/9.

(211) MEDINA HERNANDEZ. Op. cit.

Quiérase o no, sin que importen las dudas de los científicos no juristas, la dedicación al estudio y conocimiento de los principios de un sistema jurídico adquiere un rango de cientificidad y los teóricos que están ocupados en este quehacer tan importante, son los juristas o científicos jurídicos.

La aplicación en los foros de estos conocimientos deriva en un arte (conjunto de principios o reglas para hacer bien una cosa); los prácticos que los realizan son los jurisprudentes o artistas jurídicos. La aplicación de estos postulados obtenidos en el conocimiento y la experiencia constituye el arte jurídico.

Al llamado arte jurídico gusto definirlo en los siguientes términos: Es el conjunto de preceptos y reglas que deben ser seguidos para lograr la correcta aplicación en la práctica procesal o forense, de los principios que conforman un sistema jurídico.

La aplicación es el momento más importante de la ley penal, porque es en el juicio de donde resulta la tutela efectiva de una expresión del Derecho lesionada, puesta en peligro, destruida o controvertida injustamente.

OVILLA MANDUJANO nos lo explica de esta manera: "... cualquier norma jurídica tiene sentido, adquiere su significación cuando se aplica, en otras palabras, el Derecho se crea para ser aplicado". (212) Los principios que guían a la ciencia jurídico-penal y a su sistema normativo, solamente son efectivos, cuando han sido llevados a la práctica.

En la labor de aplicación jurídica es imprescindible realizar dos operaciones de juicio fundamentales: 1. Determinar los ámbitos de validez por razón de la persona, del espacio o territorio y del tiempo. 2. Interpretar e integrar las disposiciones que conforman las leyes.

Después será declarada la existencia o inexistencia del Derecho y del deber, la forma en que se les brindará la efectiva protección, manifestando el poder coercitivo del Estado para hacer válida esa tutela y proceder a la ejecución forzosa de la sanción que haya sido impuesta en la sentencia.

(65) LA DETERMINACION DE LOS AMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL.

Las normas jurídicas fueron elevadas a la categoría de ley, observando los pasos que deben seguirse en el proceso legislativo, por un acto de voluntad social; por ello, no pueden tener una validez universal y permanente como las expresiones del derecho, sino limitada en el tiempo, en el espacio y en la persona.

Para que podamos intentar la aplicación de la ley en los foros, es imprescindible que previamente determinemos cuáles son sus ámbitos de validez, para saber qué alcances puede tener en el espacio, en el tiempo y en la persona que va a regir.

Posteriormente podrá procederse a interpretar e integrar sus preceptos normativos y llegar a emitir un juicio en el caso concreto de un derecho controvertido o injustamente atacado que lesiona, destruye o hace peligrar un bien jurídicamente protegido.

Solamente siguiendo estos pasos en forma sucesiva, podremos aplicar correctamente la ley y dar una resolución jurídicamente válida que pondrá fin a la controversia, en el momento en que sea dictada la sentencia que da término al procedimiento, haciendo efectiva la tutela del Derecho.

(a) LA VALIDEZ PERSONAL.

Si bien es cierto que dije que la ley penal está dirigida a la regulación de la conducta de los integrantes de una sociedad determinada, también lo es que existe en su aplicación una serie de privilegios personales, que no rompen con el principio general de la igualdad.

Fue en la revolución francesa que proclamó la igualdad ante la ley, y este principio ha sido aceptado por la Carta de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, por las constituciones políticas de la mayoría de los Estados y por sus códigos penales.

Ser igual ante la ley penal significa no solamente gozar de las mismas garantías, sino que también implica tener idéntica obligación de acatar sus mandatos y no nada más cuando se es nacional, porque también los extranjeros residentes y transeúntes deben cumplir.

El artículo 1º del CPF estatuye tácitamente esta obligación para mexicanos y extranjeros, al disponer "...se aplicará en el Distrito y Territorios Federales por los delitos de la competencia de los tribunales comunes y en toda la República para los delitos de la competencia de los tribunales federales".

Por excepción, algunos delitos-tipo únicamente pueden ser realizados por las personas que llenen los requisitos del sujeto activo típico (tipo exclusivo), lo cual no quiere decir que se rompa con el principio de observancia y de aplicación general de las leyes penales. (213)

Atendiendo a la minoridad, nos encontramos con que los menores no son sujetos de la relación procesal-penal y que, por lo tanto, aunque tienen el deber de observar sus normas, éstas no los son aplicables; en sus procedimientos son regulados por una ley penal especial. (214)

Por disposición constitucional, (215) subsiste el fuero de guerra para los delitos en contra de la disciplina militar. Entonces, los militares no son sujetos de aplicación del código penal para las personas civiles, más que en determinados casos. (216) A ellos los rige otra ley penal especial.

Los sujetos que pertenecen al ejército, a las fuerzas armadas, y a la Guardia Nacional, tienen sus propias leyes (penal y procesal penal), Ministerio Público, jueces, defensores y ejecutores de las sanciones del orden penal castrense que les sean impuestas en las sentencias.

Las verdaderas excepciones con relación a la validez personal de la ley penal se dan en razón de la inviolabilidad, la inmunidad y las prerrogativas procesales, en disposiciones de competencia pública interna o en el marco de la competencia internacional pública.

Cuestión jurídica pública interna son la inmunidad, la inviolabilidad o las prerrogativas de los altos servidores públicos como el Presidente, los Secretarios de Estado, los Procuradores de Justicia, los agentes del Ministerio público, algunos servidores públicos de otros rangos: los diputados, los senadores, los ministros, los magistrados, los jueces, los gobernadores, etc.

El que goza de inviolabilidad no puede ser acusado; la inmunidad impide la investigación penal mientras se está en el cargo y la prerrogativa conlleva garantías de antejucio o procedimiento penal especial. El fuero es una prerrogativa. (217)

El Presidente de la República, durante su encargo, solamente puede ser acusado por traición a la Patria y delitos graves del orden común. (218) Queda por resolver la cuestión problemática de si hay responsabilidad cuando termine el encargo y de cuáles son los delitos graves del orden común.

Los secretarios de Estado y el Procurador General de la República gozan de la prerrogativa para un procedimiento especial ante el Gran Jurado, que se integra con las cámaras. (219) El Procurador General de Justicia del Distrito Federal es un caso especial, toda vez que la CPEUM lo olvidó.

(213) INERA. Sección Segunda. Capítulo Segundo. Inciso (C). Número (127) Los Elementos del Delito-tipo.

(214) Ley que Crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores.

(215) Artículo 13º, CPEUM.

(216) Solamente cuando en un delito o falta del orden militar se encuentre complicado un civil (el texto constitucional dice "paisano"), conocerá el caso la autoridad civil que corresponda.

(217) Cfr. JIMÉNEZ DE ASUA. Op. cit., pp. 193 y ss.

(218) Cfr. Artículos 108 CPEUM y 123º CPF. Sobre el problema de los delitos graves del orden común, consultar: FORTE FETIÚ. Op. cit., pp. 202 y ss. TENA RAMÍREZ. Derecho Constitucional Mexicano, pp. 520/1. Editorial Porrúa, S. A. México, 1958. HERRERA Y LASSO. Estudios Constitucionales. Segunda Serie. p. 87. Editorial Jus. México, 1964. CASTELLANOS TENA. Linamientos Elementales de Derecho Penal. p. 114. Editorial Porrúa, S. A. México, 1969. BECERRA BAUTISTA. El Fuero Constitucional. pp. 93 y ss. Editorial Jus. México, 1945.

(219) Cfr. Artículos 108º al 111º, CPEUM.

Es indudable que el Procurador del Distrito y las personas que ocupan los cargos de rango más elevado dentro del servicio de la Procuraduría en el orden común, gozan de fuero si no es que de inmunidad y hasta de impunidad, porque tienen el monopolio de la acción penal. (220)

A los agentes del Ministerio Público Federal los regula el artículo 60º de la ICPPF, que les otorga la prerrogativa de no ser detenidos sino hasta que el juez de la causa pida al Procurador General de la República que los ponga a su disposición. (221) A los agentes del Ministerio Público del Fuero Común se los incluyó en el artículo 659º del CPPDF.

Los servidores públicos que manejen fondos del erario público o desempeñen labores que no pueden abandonar también gozan de una prerrogativa, que establece el artículo 201º del CFPF y que más bien va en beneficio del núcleo social en el que sirven.

Los diputados y senadores al Congreso de la Unión tienen inviolabilidad y prerrogativas, según el caso de que se trate. El artículo 61º del CPEUM dice que no pueden ser acusados por las opiniones que expresen en el desempeño de su encargo, lo cual se traduce en una inviolabilidad.

Los ministros de la Suprema Corte, los magistrados, los jueces, los gobernadores y los diputados locales son responsables y gozan de las prerrogativas que encontramos establecidas en los artículos del 108º al 111º de la CPEUM, 12º de la LOPJF y 659º y 672º del CPPDF.

La materia jurídica internacional pública dispone la inviolabilidad diplomática, que es un privilegio personal en razón de las funciones que se desempeña y que se dan en favor de los jefes de Estado extranjeros, de los embajadores y de los cónsules. (222) Viene desde el Derecho Romano y en ocasiones puede alcanzar a su séquito, a sus objetos y a su equipaje. (223)

Corresponde a un principio de la más estricta reciprocidad. Esta imunidad responde a principios de política entre las naciones y está basada en acuerdos bilaterales y multilaterales. El delito cometido por un agente diplomático extranjero no es procedente en el Estado de su sede.

La selección de leyes en cuanto a las personas, se rige por el principio de comunidad; así, por ejemplo, el Código de Justicia Militar sólo rige para la comunidad castrense. El código penal será aplicable a todas las personas (nacionales y extranjeras), transeúntes o residentes, que se encuentren en nuestra comunidad, según que el delito sea federal o común.

El principio de comunidad se explica por la naturaleza misma de la ley penal que, siendo la máxima manifestación de la soberanía estatal y poseyendo el *ius puniendi*, ejerce sus facultades sobre todos los destinatarios de una comunidad determinada.

(b) LA VALIDEZ ESPACIAL.

En primera instancia, la ley penal solamente es aplicable en un determinado espacio físico o territorio, sobre el cual el Estado que la promulga ejerce su soberanía. Así la validez espacial se rige por el principio de territorialidad, con las excepciones que nos marca la materia jurídico-internacional.

Este ya no sería un problema del área penal, sino de lo que ha sido denominado derecho penal internacional. Como cada comunidad es la que crea su propio sistema jurídico, sus leyes deben ser aplicadas nada más en su territorio; es decir, en el lugar en donde es atacado el derecho, siempre y cuando no exceda de sus límites.

(220) Cfr. Artículos 669º y 670º CPPDF. Son interesantes las opiniones de CASTELLANOS TERNA. Op. cit., p. 115. VILLALOBOS. Derecho Penal Mexicano, p. 183. Editorial Porrúa, S. A. México, 1980. ABARCA. El Derecho Penal en México, p. 40. Editorial Jus. México, 1941.

(221) Cfr. Artículo 672º, CPPDF.

(222) Cfr. REYES. Derecho Penal. Parte General. pp. 120/1. Universidad del Externo de Colombia. Bogotá, 1984.

(223) HUNGRIA. Comentarios al Código Penal. Parte General. Volumen I. Tomo I. p. 176. Río de Janeiro, 1958.

Las relaciones entre las comunidades, principalmente las de carácter económico, ligadas a actos realizados por personas de diversos territorios que, inclusive, pueden ser proyectados fuera de sus fronteras, como los matrimonios, los contratos y los delitos, por ejemplo.

Aquí surge el problema de la determinación de los ámbitos de validez espacial de la ley penal, porque las leyes de nuestros países pueden ser aplicadas en territorio extranjero y viceversa, dando lugar a lo que en la doctrina se conoce con el nombre técnico de "conflicto de leyes en el espacio".

En nuestro sistema jurídico, el CCF prevé los principios para resolver el conflicto de leyes en el espacio, en los artículos 12º, 13º, 14º, 15º y 16º, sin seguir un sistema uniforme. El numeral 12º postula el principio de territorialidad y es contradictorio en algunas situaciones por los demás preceptos.

El CCF regula el conflicto de leyes en el espacio en los preceptos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º, aplicando los principios de territorialidad, extraterritorialidad, personalidad y protección. Este problema puede ser resuelto sobre bases diferentes, como son: El tribunal que juzga, el lugar del litigio, el de la ejecución, etc. De ello hablan la Escuela Italiana (antigua), la Francesa (siglo XVI) y la Holandesa (principio de territorialidad). (224)

Hay un postulado que sostiene que solamente es aplicable la ley en el territorio del poder público que la ha creado. Tiene sus excepciones, que están motivadas en la necesidad y dan lugar a la extraterritorialidad, que permite que la ley sea aplicada fuera de su territorio.

VON SAVIGNY considera que para resolver el problema: 1. Debe determinarse el caso que liga a la persona con el sistema jurídico. 2. Las relaciones deben ser sometidas a la misma ley, cualquiera que sea el Estado que pronuncie la sentencia. 3. Debe determinarse la clasificación de los estatutos reales y personales. (225)

PILLET sostiene que en el conflicto las leyes competentes se aplican por obligación y no por cortesía. Existe un máximo respeto a las soberanías estatales y cree que un Estado que aplica la ley extraordinariamente, cae bajo la soberanía de otro. (226)

Los problemas de orden internacional no son de nuestra competencia; aun así, en la ley penal el conflicto está resuelto, (227) imperando el principio de territorialidad. Ahora bien, lo último que nos queda es saber qué es lo que debemos entender por territorio.

El territorio es el ámbito sobre el cual un Estado extiende su soberanía, delimitado por tierra, mar, cielo y espacio. Es decir, que abarca suelo, subsuelo, superficie, fondo y subsuelo marítimo, aire y espacio, naves y aeronaves, cohetes, satélites, cápsulas, embajadas, legaciones, etc. (territorio ficticio). (228)

Los avances de la vida moderna hacen necesario extender el territorio al espacio sideral, a los medios de transporte y comunicación espacial y a los satélites artificiales. También deben ser considerados todos los demás medios de transporte y comunicación y no solamente las naves y aeronaves.

En el principio de la nacionalidad de la ley del Estado se sigue al sujeto activo del delito y se aplica la ley estatal a los delitos cometidos por sus nacionales, fuera de su territorio. El de protección trata de aplicar la ley del ofendido a los delitos que han sido cometidos en el extranjero, debiendo extenderse al bien jurídico.

Por último se habla del principio de la justicia mundial, "cosmopolita" o de la universalidad, que consiste en aplicar la ley de cualquier Estado a un delito cometido en cualquier lugar, por nacional o extranjero, contra cualquier persona. Le da valor mundial a la ley penal de todos los Estados.

(224) GUILLA MANDUANO. Op. cit., pp. 356 y ss.

(225) VON SAVIGNY. Citado por GUILLA MANDUANO. IDEM., pp. 356-357.

(226) PILLET. Citado por GUILLA MANDUANO. IDEM. p. 359.

(227) Cfr. Artículos del 1º al 5º del CCF.

(228) Cfr. Artículos 27º, 42º y 43º de la CPEUM.

Este principio resulta ser un tanto exagerado; no puede ser aplicada la misma ley penal en cualquier parte del mundo, porque las necesidades que la sustentan son diversas y se corre el riesgo de hacer desaparecer al principio de legitimidad.

(C) DE LA VALIDEZ TEMPORAL.

Una vez determinada la ley aplicable en razón de la persona y del territorio, debe procederse al estudio de su validez en el tiempo. Este problema nos lleva a tratar del "conflicto de leyes en el tiempo".

Primero, con relación a la validez temporal de la ley penal, puede decir que su vigencia es determinada cuando establece la fecha en que empieza y termina su obligatoriedad. Será indeterminada, cuando solamente mencione el día en que comenzará a regir, para convertirse en obligatoria.

El estudio de nuestro tema está relacionado con la irretroactividad, la retroactividad, la no ultractividad y la ultractividad de la ley penal. También con la creación de una norma de la parte general o especial (tipo y punibilidad).

El problema está basado en la sucesión de leyes penales, cuando las necesidades sociales que son el sustento de cada una de sus normas han cambiado, dejando de legítimar su existencia, y esto provoca la aparición de otra que la suple en forma total o parcial y que trae como consecuencia su abrogación o derogación.

Con el propósito de procurar la seguridad jurídica de los miembros de la colectividad, una norma o ley que está destinada a suceder a otra debe atender a que solamente tendrá vigor hacia el futuro, que el pasado no le interesa y que las otras serán aplicadas retroactivamente, si es que son benéficas.

Los beneficios de la retroactividad de la ley o norma penal deben ser para el procesado y pueden estar referidos a una de las materias que integran a la parte general (ley penal, delito, responsabilidad y consecuencias) o bien a un determinado delito-tipo (con respecto a los elementos que integran su descripción) o a su punibilidad.

Son cuatro las hipótesis que pueden presentarse con relación al problema de la sucesión de leyes penales, a saber:

- a) La sucesión de leyes.
- b) La creación o sucesión de un delito-tipo.
- c) Las modificaciones a una materia de la parte general, referidas a la ley, al delito, a la responsabilidad o a las consecuencias.
- d) Las modificaciones a un delito-tipo determinado, en cuanto a su descripción típica o a su punibilidad.

a) **La sucesión de leyes penales:** Cuando una ley sucede a otra, el conflicto que se presenta en cuanto a la aplicación debe quedar resuelto al amparo de la ley que le sea más favorable al procesado, aunque no manifieste su voluntad de acogerse a ella, y si la conducta delictuosa o su consumación ocurrieron durante su vigencia.

b) **La creación o supresión de un delito-tipo:** Si en la ley vigente ha sido creado o suprimido un delito-tipo, las nuevas previsiones deben serle aplicadas a las conductas consumadas o intentos que hayan sido realizados durante su vigencia, sea cual fuere la modalidad del delito, atendiendo a la no retroactividad. (229)

c) **Las modificaciones a una materia de la parte general o a uno de los delitos-tipo:** Esta es una cuestión que debe ser resuelta de manera semejante a la de las dos anteriores. Es muy importante recordar que en materia penal siempre reinarán los principios de la ley más favorable y de la irretroactividad de la ley.

Constitucionalmente, la irretroactividad de la ley ha sido obtenida de los párrafos primero y segundo del artículo 14º de la CPEUM y en la legislación ordinaria (códigos penales), la regula el primer párrafo del precepto 7º del CPF, precisamente en la muy criticada definición del delito. (230)

Esta es la resolución para el conflicto de leyes penales en los casos en que a la persona que haya sido procesada no se le hubiere dictado sentencia, o cuando la decisión final de la autoridad judicial aún no ha causado ejecutoria; es decir, que todavía no existe un fallo condenatorio en firme.

En cambio, cuando la sentencia que condena al acusado no ha sido ejecutada, debe procesarse a su revisión por el Tribunal Superior. Si ya causó ejecutoria, podrá ser concedida la reducción del término de la pena o medida, la amnistía o el indulto. Todas ellas son figuras del área procesal penal.

A este respecto la Suprema Corte ha establecido: "Si se está en el caso de una legislación más benigna, y en atención a que los principios generales del Derecho obligan al juzgador a aplicar a un reo la pena más benigna, por equidad es legal y justo que al reo se le apliquen las sanciones que establece el nuevo código puesto en vigor después del delito". (231)

En otra ejecutoria se dispuso: "Cuando entre la perpetración del delito y la sentencia irrevocable que sobre él se pronuncia, se promulga una o más leyes que disminuyan la sanción establecida en la vigente al cometerse el delito, es de aplicarse la nueva ley". (232)

Vamos a ver que existen opiniones en el sentido de que el principio de la ley más favorable al procesado encuentra sus justos límites en la readaptación o rehabilitación del delincuente, con un sentido netamente individualista y que es violatorio de garantías penales. (233)

Es ilógico que esta hipótesis sea aplicada en los casos en que todavía no ha concluido el proceso en el entendido de que no puede imponerse pena alguna que no sea exactamente aplicable al caso concreto y que no está incluida en el catálogo de sanciones, por analogía ni por mayoría de razón.

Lo mismo rige para los supuestos en que exista una sentencia condenatoria no ejecutada. En cambio, si ya causó ejecutoria podrá concederse la reducción de la sanción, porque esto beneficia al procesado, y no decirle que no puede salir porque todavía no está readaptado.

Hay que recordar que si bien es cierto que las leyes penales tienen como objetivo mediato la protección de los bienes jurídicos de la sociedad, también lo es que no pueden ser aplicadas si no ha ocurrido ataque alguno y que el procesado o sentenciado también forma parte del núcleo social.

(66) LA INDETERMINACION DE LA LEY PENAL.

Una vez que ha quedado perfectamente determinado cuál será la ley que debe aplicarse al caso concreto del derecho controvertido o injustamente atacado, atendiendo a la materia, a la persona, al territorio y al tiempo, procede revisar el ordenamiento jurídico para ver cuántas de sus normas pueden ser relacionadas con aquel.

Después de que han sido seleccionadas las normas de la parte general y de la especial que le son aplicables a la hipótesis de que se trata, las autoridades ministerial y judicial inician un procedimiento que todavía resulta más interesante y que se denomina: La interpretación de la ley penal.

Esta función constituye la más elevada y difícil tarea a la que puede hacerle frente el hombre: La de convertirse en juzgador de los comportamientos de sus semejantes, actuando conforme lo disponen las normas jurídicas, los postulados éticos, la justicia y la equidad, tratando de no causar daños irreparables.

(230) "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna", y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho". "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

(231) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo XXVII. p. 1626.

(232) IDEM. Tomo LXXIX. p. 12

(233) LOPEZ-REY ARROYO. Proyecto Oficial del Código Penal, p. XXXIX. La Paz, Bolivia, 1943.

En términos generales, interpretar significa lo siguiente: Desentrañar el verdadero sentido de una expresión. Si trasladamos este vocablo al lenguaje técnico-jurídico y lo relacionamos con las normas de la ley, la tarea de interpretación tiene como objetivo fundamental el de fijar el verdadero sentido de sus disposiciones.

Los fenómenos que pueden presentarse en la tarea de interpretación que realizan la autoridad ministerial y judicial son cuatro, a saber: 1. Que la previsión sea clara. 2. Que sea oscura. 3. Que sea incompleta. 4. Que resulte que la situación por resolver no ha sido prevista.

Haya o no previsión, esté o no clara o incompleta, de todas maneras el texto legal debe ser interpretado para que sus disposiciones puedan ser aplicadas en la resolución del caso concreto del bien jurídico lesionado, puesto en peligro, destruido o controvertido injustamente.

La interpretación jurídica del texto legal tiene que ser hermenéutica, entendiéndose que esto es el arte de interpretar los escritos, para desentrañar su verdadero sentido. (234) Con ello se reafirma que la ciencia jurídica es además un arte, expresión que he venido sosteniendo.

KEISEN opina: "Cuando el Derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas". (235) Concluye: "La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del Derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior". (236)

(a) LA FINALIDAD DE LA INTERPRETACION.

Interpretar proviene del latín *interpretare*, de *interpretatio* e *interpres-ctis*, que significa: Mediador. El vocablo intérprete procede de *interpres-ctis*, de *inter* y *pres*: Entre partes. (237)

En términos que son más explícitos y comprensibles, la tarea del intérprete consiste en mediar entre dos partes para comunicarles el significado que según él o un método le es atribuido a ciertos fenómenos, signos o cosas (de los cuales tiene el dominio), en un lenguaje común.

Los elementos de la tarea de interpretación son los siguientes: 1. Dos partes. 2. Un mediador. 3. Un lenguaje común. 4. Un fenómeno, signo o cosa. 5. El dominio de la materia. 6. Un método. 7. La forma de comunicación. Las constantes en el proceso son: a) La expresión física. b) La significación. c) El objeto. (238)

TAMAYO Y SALMORAN anota: "La interpretación consiste en dotar de significado ciertas cosas, signos o acontecimientos, entonces, la interpretación jurídica -siguiendo este orden de ideas- puede perfectamente consistir en cualquiera de las dos siguientes posibilidades: a) La adscripción de un significado jurídico dado a ciertos hechos, signos o acontecimientos. b) La adscripción de un cierto significado suministrado al discurso jurídico". (239)

GARCIA MAYNEZ considera: "El problema consiste en determinar que la interpretación no es exclusivamente jurídica. Trátase de un interrogante de orden filosófico, que naturalmente cabe plantear correctamente, en relación con los preceptos de un determinado sistema de Derecho". (240)

FORTE PETIT estima que: "Interpretar la ley es precisar su voluntad, no la del legislador". (241)

(234) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA., Op. cit.

(235) KEISEN. Op. cit., p. 349

(236) IDEM.

(237) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Op. cit.

(238) MEDINA HERNANDEZ. Op. cit., p. 56.

(239) TAMAYO Y SALMORAN. Op. cit., p. 154.

(240) GARCIA MAYNEZ. Introducción al Estudio del Derecho. p. 325. Editorial Porrúa, S. A. México, 1975.

(241) FORTE PETIT. Op. cit., p. 123.

En mi concepto, la finalidad de la interpretación es la de desentrañar el verdadero sentido que el texto legal le da a ciertos fenómenos, signos o cosas, para que la persona que la realiza pueda expresarlo en un lenguaje común a los demás, sirviendo como mediador entre el sistema jurídico y la sociedad.

Para la materia penal implica darle a ciertas conductas el verdadero sentido que tienen conforme al texto legal, para calificarlas jurídicamente como delitos; de esta manera se puede proceder a fundamentar y motivar la responsabilidad de su autor y la imposición de las consecuencias (pena o medida de tratamiento especializado).

Lo que se busca es desentrañar la voluntad de la ley; no nos importará qué es lo que quiso decir el legislador o el proyectista de su texto sino lo que dejó escrito en cada norma; si se equivocó al momento de expresarlo, el problema es solamente suyo y no del intérprete ni del procesado.

Mucho se ha discutido infructuosamente acerca de si la ley penal debe o no ser interpretada. El sentido común nos indica que la respuesta ha de ser en sentido afirmativo. Quien la contradiga está en un error, puesto que no puede ser aplicada una norma de la cual no se ha obtenido su verdadera significación.

MEZGER, muy atinadamente opina: "Estas erróneas prohibiciones —de interpretación penal— que impiden toda sana evolución científica, han caído en el merecido olvido histórico". (242) PORTE PETIT realista: "No es posible aplicar la norma si no se tiene de ella un claro concepto, si no se ha determinado su alcance, su sentido". (243)

La razón indica que no solamente debe permitirse la interpretación de las normas que integran la ley penal sino, más aún, ésta debe ser imperativa. Para MASSARI la interpretación en materia punitiva es irresistible, no obstante que exista la prohibición de llevarla a cabo. (244)

Hasta la Suprema Corte lo ha reconocido, cuando indica: "Si bien el artículo 14 constitucional prohíbe imponer penas por simple analogía y aun por mayoría de razón, esto no quiere decir que las leyes penales no admitan interpretación y que deban aplicarse según su significado literal, que puede ser antijurídico y aun conducir al absurdo; los tratadistas mismos admiten que puede ser interpretada la ley penal". (245)

El hecho de negar que las leyes penales puedan ser interpretadas atenta contra la lógica y la razón, porque no es posible aplicar una de sus normas cuando no sabemos a ciencia cierta qué es lo que está queriéndonos decir, si no conocemos el sentido teleológico de sus disposiciones.

Es absurdo estimar que las normas penales no puedan o no deban ser interpretadas y ello ha conducido a muchas injusticias en su aplicación que, lógicamente, resentían las personas de los procesados. Por ello, realismo la idea de que la interpretación en nuestra materia es imperativa.

(b) LOS REQUISITOS DE LA INTERPRETACION.

REYES expresa: "Existen, pues, lagunas en la ley, espacios vacíos, que han de ser colmados por el intérprete; su labor es, así la de complementar la obra del legislador transformando la directiva genérica contenida en la norma en mandato acabado; la de dar vida a imperativos precisos y netamente delimitados". (246)

Mas cabe aclarar que la ley penal no solamente ha de ser interpretada cuando tenga lagunas, sino en todos los casos en que deba ser aplicada. Además, interpretar la ley no siempre conlleva el objetivo de colmar los espacios vacíos, este paso pertenece a la tarea de integración.

(242) MEZGER. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. p. 143. 2a. edición. Madrid 1946.
(243) PORTE PETIT. *Op. cit.*, p. 124.
(244) MASSARI. *Le Dottrine Generale del Diritto Penale*. p. 22.
(245) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo XXVI. p. 1277.
(246) REYES. *Op. cit.*, p. 87.

En un inciso anterior, (247) mencioné que pueden ser cuatro los supuestos a los que se enfrenta el sujeto en el momento de interpretar la ley: 1. Que la previsión sea clara. 2. Que sea obscura. 3. Que esté incompleta. 4. Que resulte que la situación que se está analizando no está prevista.

En los dos primeros casos, la tarea de quien aplicará la ley se reduce a la pura interpretación (salvo el proceso de integración general). (248) desentrañando el sentido de las normas y traduciéndolo al lenguaje común, para hacer la comunicación pertinente.

En cambio en los otros dos el quehacer debe continuar, para que podamos proceder a la integración específica, que es un problema diferente que abordaré en el siguiente inciso. Así, de manera alguna deben ser confundidos los fenómenos de interpretación e integración.

Como requisitos de la interpretación de la ley penal se tiene a los siguientes: a. La existencia de la norma. b. La existencia de una conducta probablemente delictuosa. c. La existencia de un presunto responsable. d. El intérprete. e. La necesidad de aplicar la norma al caso concreto.

El intérprete de la ley es el mediador entre el aparato estatal y los sujetos de la relación procesal-penal, para comunicarles el significado que el orden jurídico le atribuye a ciertas conductas, la consecuencia que traerá el haberlas realizado, cómo ha de cumplirse, etc., en un lenguaje común.

La interpretación jurídico-penal cumple con todos los requisitos de cualquier fenómeno interpretativo. Veamos: a) Las dos partes son el aparato estatal y los sujetos de la relación procesal-penal. b) El mediador es el jurista, el jurista o el jurisperito. c) El lenguaje común con el cual se declara el derecho. d) Los fenómenos, signos o cosas, que son los antes jurídicos. e) El dominio de la materia o conocimiento de lo jurídico. f) El método hermenéutico. f) La comunicación, a través de la sentencia.

Los constantes en el proceso de la interpretación son: 1. La expresión física: El texto de la norma. 2. La significación (sentido), que es la voluntad de la norma (proteger las expresiones fundamentales del derecho). 3. El objeto, que es la declaración de la existencia del Derecho y del deber ser jurídicos.

(c) EL MÉTODO DE LA INTERPRETACION.

En determinado momento una norma no jurídica, un concepto cultural o un fenómeno social, pueden servirnos para interpretar la manifestación de la norma jurídico-penal; empero, ello pertenece al método de interpretación, que en nuestra materia es el hermenéutico.

Cuando me refiero al método hermenéutico jurídico, me gusta definirlo como: El arte de interpretar las normas que integran nuestro sistema, con los elementos jurídicos y extrajurídicos que sean necesarios, para que logremos captar el verdadero significado de las expresiones contenidas en las normas. (249)

Para interpretar hermenéuticamente nuestra ley penal, es necesario echar mano de: Una ética jurídica, una lógica jurídica, de las normas jurídicas, de los principios rectores generales del Derecho, de la jurisprudencia y de la doctrina jurídica (elementos jurídicos = cultura jurídica).

Además, también es preciso atender a los principios generales que rigen la cultura, que son esenciales para el raciocinio correcto, como lo son: La lógica, la gramática, la sintaxis, la semántica, etc. (elementos extrajurídicos = cultura general).

La ética jurídica y extrajurídica es imprescindible, como lo es en cualquier profesión, en cualquier actividad. El intérprete debe realizar el quehacer que le ha sido encomendado a conciencia, en espíritu, con honradez, con pureza, alejándose de los intereses bastardos.

(247) SUPRA. Sección Primera. Inciso (E). Número (66). La Interpretación de la Ley Penal.

(248) SUPRA. Sección Primera. Inciso (E). Número (67). La Integración de la Ley Penal.

(249) REYES. Op. cit., pp. 87 y ss.

Lo mismo sucede con la lógica, identificada con un criterio racional sobre la materia, con sentido común, que nos permita interpretar adecuadamente la norma, para resolver con justicia el caso concreto de una expresión fundamental del Derecho controvertida, lesionada, destruida o puesta en peligro injustamente.

Como parte integral de un sistema jurídico perfectamente integrado, la norma penal debe ser interpretada con el auxilio de otras disposiciones legales que tengan relación con ella, de los principios rectores generales del derecho, de la jurisprudencia (casos análogos o semejantes) y de la doctrina.

Complementan al proceso de interpretación de la norma jurídico-penal los principios generales de cultura, puesto que el intérprete de las disposiciones legales tiene que ser una persona con un cúmulo de conocimientos jurídicos lo más vasto posible.

En materia de la ciencia jurídica penal se ha dicho que el método de interpretación de las normas lo es el teleológico, con una evidente confusión entre lo que es el método (camino a seguir para lograr una meta) y lo que constituye al fin (telos), que es el de encontrar la voluntad del texto.

La teleología es el arte de buscar la finalidad de las disposiciones legales, la verdadera voluntad de los principios que están contenidos en las normas jurídicas, deduciendo todo un conjunto de elementos y éste es el objetivo de la interpretación: encontrar el telos de la norma.

Para ello deben ser utilizados los elementos racionales (ratio legis), los sistemáticos, los históricos y los políticos, que ya forman parte de la llamada hermenéutica jurídica, entendida como el arte de interpretar los textos legales para encontrar su verdadero significado.

El método de interpretación hermenéutica jurídica, está formado por todos aquellos elementos que puedan servirle al intérprete de la ley para desentrañar el sentido teleológico de la norma, su fin, que no es otro que la efectiva protección de las expresiones fundamentales del derecho, objeto mismo de toda la ciencia jurídica.

(d) LAS CLASES DE INTERPRETACION.

Ahora bien, ¿qué es lo que se persigue con la interpretación? encontrar lo que ha sido llamado ratio legis (razón legal), que es la misma voluntad de la ley, el sentido verdadero que adoptó cada una de sus normas, para buscar la protección de los bienes jurídicos. No se busca la voluntad del legislador —como abundantemente han creído algunos autores—; lo que vale es la expresión que contiene cada una de las normas y si quien la creó no pudo plasmar en ella su voluntad. ¿Qué triste es que no sepa elaborar normas y que se dedique a ello!

En la doctrina jurídico-penal se habla de diferentes clases de interpretación. REYES menciona a las siguientes: Auténtica, doctrinal y judicial. Gramatical y teleológica. Declarativa, restrictiva y extensiva. Por último, la analógica. (250)

FORTE PETIT da la siguiente clasificación: 1. Con relación al sujeto: Doctrinal, científica o privada. Judicial, forense, usual o jurisprudencial. Auténtica o legislativa. 2. En cuanto a los medios: Gramatical, literal o filológica. Lógica, teleológica, racional o ideológica. Sistemática. (251)

JIMENEZ DE ASUA dice: "La interpretación se divide conforme al sujeto que la hace, a los medios que se emplean y al resultado al que se llega". (252)

Para explicar lo relativo a las clases de interpretación, recordaré mis cuatro supuestos: 1. Previsión clara. 2. Previsión oscura. 3. Previsión incompleta. 4. Situación no prevista.

(250) REYES. Op. cit., pp. 88 y ss.

(251) FORTE PETIT. Op. cit., pp. 88 y ss.

(252) JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., pp. 102 y ss.

Cuando la previsión de la norma es completa y clara, debe ser interpretada *stricto sensu* (en sentido estricto), literalmente, tal y como está plasmada. Por ejemplo: El artículo 302º del CPF: "Comete el delito de homicidio: El que priva de la vida a otro". Es una norma clara y completa, nada hay algo que agregarle.

Si la previsión es oscura, puede dar lugar a que se la interprete a contrario *sensu* (en sentido contrario). *Verbi gratia*: El artículo 15º fracción II del CPF que, en el momento en que lo interpretamos a la inversa, nos dice que personas son inimputables y en sentido estricto, menciona a las imputables.

En los casos de previsión incompleta, debe echarse mano de todos los elementos necesarios para aclarar la situación. Así, tenemos el artículo 380º del CPF, que contiene la descripción del delito de robo; trataremos de saber qué significan "la cosa", que sea "mueble", que es la "ajeneidad", etc.

Para las hipótesis de situaciones no previstas, debe imperar el principio: *Ubi eadem ratio, idem jus* (ante la misma razón, igual derecho), que podrá comprenderse en cada caso concreto de un bien controvertido o injustamente atacado que se nos presente.

Todo lo mencionado es válido para interpretar los principios rectores generales del Derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina, con algunas variantes.

Los principios rectores generales del Derecho tienen un ámbito de validez universal (para cualquier sistema jurídico), por ejemplo: *Nullo in crimen nulla poena sine lege* (no hay delito ni pena sin ley) o particular (para un sistema jurídico determinado) *verbi gratia*: La aplicación de la regla del precedente.

Su interpretación debe ser hecha de manera tal que podamos asegurar la efectiva protección a las expresiones fundamentales del Derecho, con base en las necesidades jurídicas que surgen como consecuencia de las omisiones de la norma, de los vacíos que ha dejado el legislador.

Sus principios son: *A pari* (a la par), *ad majori ad minus* (de mayor a menor) y *ubi eadem ratio, idem jus* (donde existe la misma razón, igual derecho).

La jurisprudencia tiene ámbitos de validez general obligatoria para cualquier tribunal, como la de la Corte (en algunos casos), (253) o particular (obligatoria para algunos juzgadores), así, la del Tribunal Fiscal de la Federación.

La jurisprudencia está formada por decisiones que han sido elaboradas para dictar una sentencia conforme a lo jurídico, en los casos en que se ha dado una resolución al derecho controvertido o injustamente atacado, o bien cuando es recurrido un acto de la autoridad judicial.

Sus argumentos son: *Ubi eadem ratio, idem jus* (donde existe la misma razón, el mismo derecho), para buscar la *ratio juris* (razón jurídica). Sus principios son: *Secundum lege* (según la ley), *praeter lege* (más allá de la ley) y *contra lege* (en contra de la ley).

La doctrina tiene sus ámbitos de validez por materia (penal, civil, constitucional, administrativa, fiscal, etc.) o por territorio (en cada país) y sus principios pueden ser adoptados por cualquiera (universalidad). Se la interpreta con el fin de actualizar y perfeccionar los postulados de la ciencia jurídica.

Su interpretación está basada en una necesidad jurídico-social de profundizar en el conocimiento del Derecho, de las normas jurídicas, de los principios rectores generales del Derecho, de la jurisprudencia y de las mismas tendencias doctrinales.

En todas las tareas de interpretación, además de los principios jurídicos y extrajurídicos de la hermenéutica, siempre debe tenerse presente a la analogía.

(253) Cuando interpreta leyes de carácter federal.

(e) LOS SUJETOS DE LA INTERPRETACION.

En puridad, la interpretación de la ley jurídico-penal es hecha por la autoridad judicial en el momento en que va a valorar el delito y la responsabilidad, o cuando va a proceder a dictar la sentencia, aplicando las normas generales al caso concreto de un derecho controvertido o injustamente atacado.

Espero, en la etapa procedimental de la averiguación previa del delito, la autoridad ministerial también debe hacer la interpretación de las normas con las cuales va a fundamentar el ejercicio de la acción penal, para proceder a hacer la consignación de la causa ante el juez penal correspondiente.

Asimismo, en el período de conclusiones, cuando el Ministerio Público y la defensa van a proclamar su acusación (el primero) y los motivos para pedirle al juzgador que absolva o sea benigno (la segunda), deben hacer también la interpretación de las normas que van a servirles como fundamento.

Así, entonces que pueden ser sujetos de la interpretación de las leyes penales, las autoridades ministerial y judicial, el agente del Ministerio Público adscrito a juzgado y la defensa (de oficio o particular).

Mas tenemos que reconocer que, en general, cualquier persona que entre en contacto con un delito penal, deberá interpretar las disposiciones que en él se encuentran contenidas, para que pueda entender el significado que encierran.

Es como en cualquier materia (jurídica o extrajurídica), si queremos entender los principios que las rigen y comprenderlas, tenemos que interpretar sus disposiciones para descubrir su verdadero sentido.

(67) LA INTEGRACION DE LA LEY PENAL.

Cuando en el momento en que va a ser aplicada la ley, el intérprete se percata de que la previsión de la norma es incompleta o se ha dejado de considerar alguna situación, el siguiente paso que debe dar es el de proceder a integrarla. La integración jurídica de una norma penal consiste en llenar las lagunas o cubrir las deficiencias.

La ley en sí puede tener espacios vacíos, es decir lagunas o bien el legislador (por descuido, ignorancia o voluntad), pudo haber incurrido en alguna omisión y ante esto resulta imposible que se dé resolución al caso concreto de un derecho controvertido o injustamente atacado.

Si la autoridad judicial debe resolver sobre un caso específico que le ha sido planteado y se da cuenta de que con la interpretación de las normas no le es suficiente para hacerlo en forma adecuada, tiene que formular la regla aplicable a la situación, asumiendo el papel de cuasi-legislador.

La previsión incompleta o la ausencia de previsión del caso concreto en las normas, da lugar a las lagunas de la ley, las cuales pueden llegar a existir por cualesquiera de estas tres causas: 1. Por voluntad. 2. Por olvido. 3. Por ignorancia. Todas ellas le son imputables al legislador.

Mucho se ha cuestionado acerca de si las normas pueden o no ser integradas, volviéndose esas discusiones debates inútiles, que poco han resuelto. La respuesta es muy clara y debe tener sentido afirmativo, con sus respectivas excepciones en la materia penal, que nos confirman esta regla.

Si el fin primordial del sistema jurídico y de su normatividad es que las manifestaciones fundamentales del Derecho tengan una óptima protección, y la norma por sí sola es insuficiente para cumplir con ese cometido, la autoridad judicial debe procurar que su resolución haga efectiva tal tutela.

La principal objeción que ha sido hecha para negar que la ley pueda ser integrada, es que esto propicia una inseguridad jurídica y con ello, se deja a los titulares del derecho en desamparo y a la disposición de lo que el juzgador pudiera resolver en el caso que le ha sido planteado.

La sociedad ha depositado su confianza en el poder legislativo, para que elabore las normas que le garanticen su derecho y si los legisladores son ineptos y no logran acoger con óptima protección la salvaguarda de esos derechos, no tiene porqué pagar sus deficiencias y la autoridad judicial, al subsanar las omisiones, estará brindando una mayor seguridad jurídica.

Supuestamente así debe ser, el juzgador es la persona que está capacitada para resolver los casos concretos de un derecho controvertido o injustamente atacado y es concededora de la ciencia jurídica; por lo tanto, sabe cuáles son las formas efectivas de protección para ese derecho.

Los jueces deben poseer un sentido de justicia natural, social y jurídica y con sus resoluciones, siempre deben procurar que el titular del derecho controvertido, lesionado, puesto en peligro o destruido, quede satisfecho con las resoluciones que toma en el momento de sentenciar, en pro de la razón jurídica.

Puede observarse que una buena parte de nuestras normas jurídicas va muy por atrás de los avances sociales y ha dejado fuera de su tutela algunas manifestaciones fundamentales del Derecho que requieren de protección, y si el legislador no ha hecho caso de ello, la autoridad judicial está obligada a buscarle la resolución.

Todo tiene sus justos límites y en materia de la punición, la zona que no ha sido inculpada sigue siendo jurídicamente lícita; así es que las normas que detallan conductas delictuosas no deben ser integradas por cuanto hace a la descripción del comportamiento prohibido o exigido (tipo) ni a su punibilidad.

Por lo demás, se hace muy necesaria una total integración del sistema jurídico al aplicar las normas.

(a) LA FINALIDAD DE LA INTEGRACION.

Si hemos dicho que en las normas puede existir una previsión incompleta o una ausencia de previsión, al referirnos a la tarea de la integración cabe asentar que su finalidad es la de llenar esas lagunas que existen por voluntad, olvido o ignorancia del legislador.

Principalmente el debate de la integración de las normas jurídicas está dirigido al ámbito de lo penal, diciéndose que en este sector no opera porque es expresa la prohibición de la *CPEUM*. (254)

Con base en esto, algunos penalistas sostienen que no puede haber integración sin diferenciar entre tipos, punibilidades y previsiones en general, lo cual es falso porque el texto de la Constitución es muy claro y únicamente hace referencia a la pena y al delito, para la salvaguarda del principio de legalidad. (255)

Lo que sí sería discutible es si alguna otra forma de integración, que no sean la analogía y la mayoría de razón, es aplicable en el ámbito de lo punitivo. Concluyendo me parece que sí, siempre y cuando no esté referida a los elementos que integran al delito-tipo (tipo y punibilidad).

Haciendo una interpretación a contrario sensu del artículo 14º constitucional, reforzamos nuestro pensamiento y nos es posible afirmar que en materia penal es perfectamente válido emplear los procesos de integración analógica y mayoría de razón, si no afectan a una conducta típica o a una punibilidad.

PAVON APARICIO expone a este respecto: "La reserva no es sino una consecuencia de la legalidad y no constituye un obstáculo para colmar los vacíos en que no intervenga la regla *Nullum crimen, nulla poena sine lege*. (256)

Por lo tanto, la finalidad de la integración es la de llenar las lagunas de las normas, cuando el legislador por voluntad, por olvido o por ignorancia dejó una previsión incompleta o no vislumbró una hipótesis, excepto en conductas típicas y en punibilidades.

(254) Artículo 14º: "En materia criminal queda prohibido imponer por analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no está decretada en una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

(255) Este principio se encuentra en el dogma penal *Nullum crimen, nulla poena sine lege* (no hay delito, no hay pena sin ley), al cual se lo completa con la expresión *sine lege scripta et stricta* (sin ley, escrita y estricta).

(256) PAVON APARICIO. Citado por FORTE PETIT. Op. cit., p. 141.

El autor mencionado acuñaría: "En algunos casos de carácter excepcional, es posible en el ordenamiento penal integrar normas, siempre y cuando no se afecte al principio de legalidad y de reserva". (257)

VANNINI sostiene que: "Fuera de la esfera de los delitos, de las penas y de las normas excepcionales, puede haber en el sistema jurídico criminal lagunas colmables". (258)

(b) LOS REQUISITOS DE LA INTEGRACION.

En términos generales, el proceso de la integración exige como requisitos fundamentales, los siguientes: 1. Que exista una previsión incompleta o que no exista previsión. 2. Que haya otra previsión aplicable al caso concreto. 3. Que esta previsión sea de utilidad para colmar la laguna.

La cuestión a resolver es la de si en materia penal puede o no haber lagunas, para saber hasta qué punto debe operar el principio de legalidad o de reserva, que nos prohíbe aplicar la analogía y la mayoría de razón, por cuanto hace a la materia de tipos y punibilidades.

En México, PORTE PETIT sostiene que la ley penal sí puede tener lagunas, que se originan por los supuestos que ya he mencionado y que son: A. Por voluntad del legislador. B. Por imprevisión u olvido. C. Por ignorancia. Estas lagunas debe llenárcelas a través de los medios de integración. (259)

En cambio, en el extranjero, MANZINI opina: "No puede admitirse lagunas en la ley penal, porque toda ley de esta naturaleza es completa, en tanto que todo lo que la misma no prohíbe sigue siendo jurídicamente lícito o indiferente". (260)

FLORIAN se pronuncia en el sentido de que "los postulados fundamentales nullum crimen, nulla poena sine lege esculpan como en el granito los confines del Derecho Penal", (261) lo conciben como un sistema cerrado y sin lagunas, concluyendo que ni remotamente puede ser aceptada la tendencia del derecho libre.

Evidentemente estos autores confunden con sus opiniones, porque al hablar del principio de legalidad o de reserva únicamente se hace referencia a delitos y penas (descripciones típicas y punibilidades), quedando a salvo las restantes normas contenidas en la ley penal.

Aun en el supuesto de que los delitos-tipo tuvieran lagunas, éstas no están en posibilidad de ser colmadas por la autoridad judicial en el momento de proceder a dictar su sentencia, porque la prohibición constitucional sí que es muy estricta en este sentido, propiciando un sistema cerrado.

Con todo y ello, en México se ha integrado en forma reiterada un delito-tipo, como lo es el del adulterio, en el que la norma penal que lo describe no precisa cuál es la conducta que lo constituye y a pesar de todo hasta existe jurisprudencia al respecto.

(c) EL MEDIO DE LA INTEGRACION.

Para llenar las lagunas de la ley, en ocasiones el mismo sistema jurídico, previendo la importancia de los preceptos legales para hacer efectiva la tutela de las expresiones fundamentales del Derecho, ha dispuesto en forma expresa los caminos que debe seguir el juez para integrar las normas.

Aplicable a todas las materias, a excepción de la penal, es lo que ha sido dispuesto en el artículo 149 constitucional, que en su parte relativa establece: "En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la interpretación jurídica de la ley y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del Derecho".

(257) PAVON APARICIO. Citado por PORTE PETIT. Op. cit., p. 142.

(258) VANNINI. *Manuale di Diritto Penale*, p. 33. Firenze, 1947.

(259) PORTE PETIT. Op. cit., pp. 139/40. Como medios de integración la

doctrina señala: La analogía, los principios generales del Derecho, la equidad, el derecho natural, la costumbre y la libre investigación científica.

(260) MANZINI. El Problema de la Integración de las Lagunas de la Ley. p. 50. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Tomo IX. México 1947.

(261) FLORIAN. *Parte General de Derecho Penal*. Tomo I. pp. 207/8. La Habana, 1929.

En cambio para la materia penal (criminal la llamó el constituyente), solamente habla de la prohibición de aplicar la analogía y la mayoría de razón, por cuanto hace a los delitos y a las penas. (262) No dice que formas puedan ser utilizadas para la integración, así como tampoco prohíbe este proceso.

Como medios generales de integración, la doctrina señala los siguientes: a. La analogía. b. Los principios generales del Derecho. c. La equidad. d. La costumbre. e. El derecho natural. f. La libre investigación científica. Todos ellos son aplicables en cualesquiera de las materias jurídicas.

Únicamente debe reconocerse a la analogía como sistema de integración jurídica, que consiste en buscar las similitudes que guardan una relación de hechos que van a ser juzgados, con otra semejante o análoga que ya fue resuelta, para completarla con normas jurídicas, principios rectores generales del Derecho, jurisprudencia o doctrina, que le sean aplicables.

Es decir, a manera de como funciona la hermenéutica en la interpretación, la integración debe ser llevada a cabo con los elementos jurídicos y extrajurídicos que sean necesarios para resolver el caso concreto. En el proceso de analogía debemos echar mano de todo el sistema jurídico y cultural.

(d) LAS CLASES DE INTEGRACION.

La integración puede ser de dos clases, a saber: A. General. B. Particular. La integración general siempre debe ser hecha y se llevará a cabo relacionando todos los preceptos jurídicos sustantivos y adjetivos aplicables a un caso concreto; esto es, procurando ligar los hechos que son materia del juicio con el ordenamiento jurídico.

En cambio, la integración particular es para una norma específica. Consiste en llenar las lagunas que dejó el legislador en la norma, atendiendo a los principios que gobiernan la hermenéutica jurídica, nutriendo el razonamiento con principios rectores generales del Derecho, leyes, jurisprudencia y doctrina.

Para la integración particular siempre debe ser considerado el principio de legalidad, que postula la prohibición de integrar a los delitos-tipo; es decir, conductas delictuosas y punibilidades. Recuérdese que la zona no inculpada específicamente en un código penal, sigue siendo jurídicamente indiferente.

Para explicar la integración en particular, voy a echar mano de un ejemplo ordinario, que es lo que "no se debe hacer". El artículo 273º del CPF señala la punibilidad aplicable al delito de adulterio. En tres preceptos más se regula todo lo referente a este ilícito.

Lo curioso es que la tipificación de la conducta constitutiva del delito de adulterio brilla por su ausencia, porque no existe y, sin embargo, mucha gente ha sido sometida a proceso por su comisión. Para resolver el problema de su inexistencia, los tribunales han acudido a principios netamente culturales.

En las decisiones que forman la jurisprudencia se ha dicho lo que debe entenderse por adulterio, porque al parecer para la ley es un tabú hablar de las relaciones sexuales extramaritales, cuando se está casado; con ello se ha visto vulnerado el principio de legalidad.

Al no existir la descripción de la conducta delictuosa, lo correcto debe ser no solamente absolver al procesado sino ni siquiera someterlo a la relación procesal-penal. Los casos subsecuentes han sido resueltos con fundamento en la analogía, aplicando los principios de la primera resolución a los demás.

En materia de delitos, la integración general se da al relacionar los postulados de la parte general con la especial, para probar y comprobar que se presentan todos y cada uno de los elementos del aspecto positivo, que implican la existencia del delito de que se trate.

También esa integración se da por cuanto hace a las normas sustantivas (Código Penal) con las adjetivas (Código de Procedimientos Penales) y todavía más, con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que enuncia los derechos que el acusado tiene garantizados para la relación procesal-penal.

De igual manera, en determinados casos es posible que la integración general de las normas penales se dé en relación con las disposiciones de otros ordenamientos legales: Civiles, mercantiles, administrativos, laborales, fiscales, etc. Sobre todo, en la materia de los delitos especiales.

La integración general puede ser entendida como la adecuación de todos y cada uno de los hechos que ocurren en el mundo de la facticidad y que son materia del proceso, a las proposiciones jurídicas, relacionando todo el sistema jurídico y los principios generales de cultura. (263)

En términos generales, la integración particular se lleva a cabo mediante el proceso de analogía; es decir, buscando la resolución que le fue dada a un caso anterior similar o análogo, que nos servirá de base para resolver el supuesto concreto de derechos controvertidos o injustamente atacados.

Ahora bien, no debe ser confundido el proceso de integración analógica con la interpretación por analogía (inter legem) o con la interpretación extensiva. La primera consiste en obtener por equiparación y por un mandato legal, hipótesis semejantes a las previstas en las normas. (264)

Para que exista la interpretación analógica es necesario: 1. Que se encuentre una disposición oscura o incompleta de un caso. 2. Que haya otra disposición completa y clara para regular un caso semejante. Esta clase de interpretación es aceptada por los mismos parámetros legales.

Como ejemplos, pueden ser mencionadas las fracciones I y III del artículo 387º del CPF., que prevén: "Al que obtenga dinero, valores o cualquiera otra cosa" y "al que obtenga de otro dinero o cualquier otro lucro", respectivamente.

En la integración analógica y en la interpretación extensiva, hay una extensión de la ley; es pero, en la interpretación extensiva el texto legal debe ser ampliado adecuándolo a su voluntad, con relación a un caso que en ella misma está previsto.

La interpretación extensiva exige como requisitos fundamentales los siguientes: a) Una previsión legal precisa. b) Un caso concreto también previsto. c) La extensión del texto legal al caso concreto previsto. El ejemplo lo tenemos en la fracción II del artículo 306º del CPF (delito-tipo de ataque peligroso). (265)

La integración analógica necesita lo siguiente: A) Un caso concreto de un derecho controvertido o injustamente atacado. B) La no regulación legal del mismo. C) Un precepto jurídico referido a otro caso concreto. D) Semejanza entre el caso no regulado y el previsto por la ley. E) Una resolución semejante.

(e) LOS SUJETOS DE LA INTEGRACION.

La integración general puede ser realizada por la autoridad judicial en el momento en que va a poner fin a la relación procesal penal, dictando la sentencia que resuelva el caso concreto, a efecto de proceder a declarar la existencia del delito y de la responsabilidad e individualizar las consecuencias.

También pueden hacerlo la autoridad ministerial investigadora o la adscrita, cuando van a hacer la consignación y a formular sus pliegos de acusaciones, respectivamente. Por último, también puede llevarla a cabo el defensor, para buscar las bases en que fijará su defensa.

(263) MEDINA HERNANDEZ. Op. cit., p. 65.

(264) Cfr. PONTE PÉREZ. Op. cit., p. 144.

(265) "Al que ataque a alguien de tal manera que, en razón del medio empleado, el arma, la fuerza o la destreza del agresor o de cualquiera otra circunstancia, pueda producir como resultado la muerte".

En cambio, la integración particular solamente puede efectuarla el juez (de primera, segunda instancia o amparo), que es el único que está facultado para resolver sobre el caso concreto de un derecho controvertido, lesionado, puesto en peligro o destruido injustamente, en el proceso.

(F) DE COMO TERMINA SU VIGENCIA LA LEY PENAL.

Como cualquier conjunto de normas jurídicas, las penales tienen un inicio y un fin en su vigencia. Nacen cuando son promulgadas en el proceso legislativo y mueren cuando otras las sustituyen total o parcialmente. Aunque, eso sí, durante todo el período de su vigencia tienen fuerza obligatoria.

REYES expresa: "La eficacia de la ley penal no es absoluta; ella se encuentra restringida por limitaciones de orden temporal, espacial y personal; las primeras se refieren al período de existencia y aplicabilidad de la norma". (266)

La ley penal es derogada (total) o abrogada (parcial) cuando deja de cumplir con la función para la cual fue creada y el legislador elabora nuevas normas; disposiciones que cuando son promulgadas y publicadas, se convierten en obligatorias y su observancia es general.

JIMENEZ DE ASUA puntualiza: "La vida de la ley se desenvuelve entre dos momentos: el instante en que nace por promulgación y publicación y aquel en que muere por derogación". (267) Concluye: "Son los actos formales que siguen a la sanción de las leyes. Más nos interesa señalar que de la publicación viene la ejecutoriedad y de la publicación surge la obligatoriedad". (268)

Dentro del tema de cómo pierde su vigencia la ley penal, se presentan dos situaciones: La abrogación y la derogación. Ambas tienen en común el objeto de quitarle efecto de obligatoriedad a las disposiciones que estuvieron vigentes en un momento determinado, porque pierden su eficacia.

JIMENEZ DE ASUA es del parecer de que: "La validez de la ley temporal cesa: a) Por otra posterior que expresamente deroga a la primera o que tácitamente la abroga. b) Por llevar en el propio texto o en otra ley, de igual o superior rango, la fecha de su caducidad (leyes temporales). c) Por haber desaparecido el objeto, circunstancia o privilegio que le dieron nacimiento (leyes excepcionales)". (269)

(68) LA ABROGACION Y LA DEROGACION.

FORTE PETIT indica: "La ley penal tiene vida determinada: rige desde su nacimiento hasta su abrogación o derogación. Por lo tanto, la ley tiene vigor y rige hacia el futuro". (270)

La ley tiene eficacia, en tanto es la mejor manera de resolver el caso concreto de un derecho controvertido, lesionado, puesto en peligro o destruido. Cuando no es apta para cumplir con ese cometido, debe ser substituida en forma total o parcial.

Se llama abrogación a la substitución parcial de una norma o de una ley; es decir, a las reformas que le son hechas a un precepto normativo o a un conjunto de éstos.

La derogación es el fenómeno por el cual se substituye totalmente a una norma o ley, o cae en desuso.

(69) LAS REFORMAS.

Como debe ser bien sabido por todos nosotros, la principal fuente de la legislación penal lo es el sentir de la sociedad, sus necesidades efectivas, que la legitiman. Las disposiciones punitivas nacen, se transforman y mueren a la par de los integrantes del núcleo social determinado y con este sentido deben influir en la creación de la ley.

(266) REYES. Op. cit.

(267) JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., p. 149.

(268) IDEM.

(269) JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., p. 149.

(270) FORTE PETIT. Op. cit., p. 278.

Cada una de las normas penales que integran una ley ha sido elaborada para resolver cierto problema jurídico-social y, en general, para establecer una parte de la lucha efectiva contra el fenómeno de la delincuencia y, en cuanto dejen de ser efectivas para ello, deben ser transformadas: Abrogadas o derogadas.

En cualesquier de los casos, para buscar nuevas disposiciones que vengan a tomar el lugar de las ineficaces, deben ser elaborados los proyectos de reformas o de códigos, por los especialistas en las diversas áreas que entran en juego en la proyección de las nuevas leyes.

Las provisiones contenidas en los proyectos de reformas deben atender a muchísimos factores de índole diversa, entre ellos tenemos a los siguientes: Los filosóficos; los sociales, los históricos, los políticos, los económicos, los dogmáticos, los de lógica jurídica, etc. y principalmente, a los principios doctrinales jurídicos que los informarán.

Recordemos que la doctrina penal ha sido y es elaborada buscando la perfección de los principios que la informan, atendiendo a la evolución de nuestra disciplina. Por ello, es primordial que en los proyectos de reformas sea adoptada una tendencia bien definida y determinada.

Es muy importante que al momento en que es formulado un proyecto de reformas se busque homogeneidad en las corrientes doctrinales que serán acogidas, para evitar que entre sus mismas normas existan contradicciones que propicien problemas más graves que los que se intenta resolver.

Resulta imperforable que si en la proyección de un conjunto de normas intervienen los más sobresalientes especialistas de la materia, éstos no sean capaces de ponerse de acuerdo para uniformarlo y dejen tantas lagunas, que cada intérprete pueda llenar como mejor le convenga.

Además debe procurarse adoptar la tendencia jurídico-penal que resuelva mayores problemas, y también es necesario que cada norma sea redactada en forma coherente y utilizando la terminología más sencilla posible, para que cualquier persona que la lea pueda comprender la voluntad de la misma.

Las normas jurídico-penales son instrumentos para resolver los problemas sociales y no para buscarle mayores conflictos a los integrantes del núcleo en el cual van a regir; tratan de lograr la mayor manifestación de la justicia social y jurídica y no el favorecer a una clase privilegiada.

Como la necesidad social siempre debe quedar satisfecha, los proyectos integrales resultan ser mejores que los parciales, puesto que persiguen una mayor uniformidad en todos los aspectos, máxime si la ley a la que van a substituir contiene tantos errores y absurdos como la de 1931, que es sostenida en nuestro país.

Las reformas parciales que cada sexenio le han sido hechas a nuestro Código Penal, sólo han dado por resultado un ordenamiento lleno de parches, en el cual han quedado todavía muchas lagunas y entremezcladas todas las tendencias jurídicas existentes en la materia de punición.

Es obvio que una legislación tan vieja y mal hecha ya no esté a la par de las necesidades sociales y que urja su inmediata derogación, ya que sus resultados en la sociedad no han sido óptimos, ni siquiera los esperados y, además no ha encontrado la eficaz protección de las manifestaciones del derecho que debe tutelar.

(70) LAS BASES PARA ELABORAR UNA NUEVA LEY PENAL.

El proyecto de una nueva ley penal no debe ser elaborado para cumplir con un simple capricho, sino sustentándolo en las necesidades sociales de substituir a una ley vigente que resulta anticuada, dado que sus disposiciones son ineficaces para proteger en forma amplia a las manifestaciones fundamentales del Derecho.

Proyectar una nueva ley es una gran responsabilidad y cualquier esfuerzo que se haga en este sentido resulta plausible, toda vez que el trabajo requiere muchísima dedicación y de un conocimiento lo más profundo posible de la materia de que se trate, además de un buen dominio de la cultura en general.

Lo principal es conocer a fondo la situación problemática que se presenta en el sector social al cual servirá, para conocer una a una sus necesidades y buscar la manera más eficaz de resolverlas, atendiendo a la tutela efectiva de todas las manifestaciones fundamentales del Derecho.

Otra situación de igual importancia lo es la de captar claramente cuáles son las materias que deben quedar incluidas en un código penal, separándolas de aquellas que pertenecen al área del procedimiento penal y de la ejecución de sanciones, para que cada tema esté en el lugar preciso.

Al ámbito del código penal le corresponden los siguientes rubros: La ley penal (principios que la sustentan y ámbitos de validez temporal, especial y personal), el delito (aspectos positivo y negativo), la responsabilidad (penal y social) y las consecuencias penales (penas y medidas de tratamiento especializado), en la parte general.

Para la parte especial quedará la inclusión de todas aquellas conductas que sean consideradas como formalmente antijurídicas, en los delitos-tipo, los cuales deben contener su descripción lo más precisa posible (tipo) y las consecuencias que genera su comisión (punibilidad).

La división principal es esa: Parte General y Especial; las demás son convencionales, aconsejándose que las materias incluidas conserven el orden antes mencionado; también debe procurarse la agrupación de los delitos-tipo en familias de bienes jurídicos.

Otra observación importante es que se trate de redactar las normas en los términos del deber ser (atendiendo a su naturaleza) y utilizando la terminología más sencilla posible, para que sean entendidas por cualesquiera de las personas que las lean y no nada más por juristas, jurisperitos y jurisprudentes.

Posteriormente debe seleccionarse la tendencia doctrinal que resuelva el mayor número posible de los problemas sociales que se presentan condicionadamente, uniformando cada uno de sus preceptos con los principios que la informan y procurando brindar la tutela más efectiva a las manifestaciones del Derecho.

Nadie ha sido preciso en el sentido de manifestar que es lo que debe contener un código penal. A mi entender, en la parte general deberá incluir todos los principios de las teorías generales de la ley penal, del delito, de la responsabilidad y de las consecuencias penales tanto de cada una como sea necesario, para que sea claro y no confunda.

Si con ello parece un manual de doctrina, poco importa; toda vez de que, al menos en nuestro país, pocos licenciados en Derecho tienen un conocimiento vasto y profundo de ella y los más no saben cómo resolver los problemas que día a día se les presentan en la práctica forense.

En realidad muy poca gente sabe realizar el proceso de la integración general de la teoría del delito con la figura delictiva en particular, y es muy necesario que lo aprendan y lo aprehendan. Por ello, y por ahora, la ley tiene que contener los principios básicos para poder llevarlo a cabo.

En cuanto a la parte especial, es menester atender al problema del combate efectivo de la delincuencia, tratando de incluir en sus normas las figuras delictivas imprescindibles, con la descripción lo más precisa posible y una consecuencia que reúna las cualidades necesarias para la rehabilitación del infractor.

Debe tomarse como basamento el principio de legalidad o de reserva, recordando siempre que la zona no incriminada es libre y que constituye un indiferente jurídico. Así la redacción de las normas debe ser exacta y clara y contener todos los elementos necesarios para la tutela efectiva de los bienes acogidos.

Sólo deben ser tipificadas las conductas que sea menester, con fundamento en las necesidades sociales y con una punibilidad adecuada, que no forzosamente debe ser la pena privativa de libertad corporal, dado que existe otra gama de penas, medidas y beneficios penales, que tienen mejor éxito.

Por último, el proyecto debe hallar su motivación en razones filosóficas, económicas, políticas y sociales, didácticas, prácticas y dogmáticas, tratando de encontrar uniformidad en todas ellas para lograr la estructura de una legislación penal coherente y congruente.

El cuerpo del proyecto se complementa con una exposición de motivos, en la cual los redactores deben enunciar cada una de las razones que los llevaron a redactar las normas penales en ese sentido y algunas de las bases necesarias para poder realizar su interpretación.

Es importante resaltar que la ratio legis (razón legal) se encontrará en el texto de las normas y no imaginando que es lo que quiso decir el proyectista de la ley. Las normas deben ser una expresión clara de la necesidad social y del sentir del legislador y no prestarse a confusiones.

También cabe hacer notar una situación: El Código Penal no es más que una de las formas de combatir al delito, aunque no atacándolo directamente, porque su estructura no resuelve el problema, nada brinda las bases para sancionar al infractor, realizando adecuadamente la valoración del delito y de la responsabilidad.

Es imprescindible que su contenido se adecúe y complemente con una política predictiva, con elementos fuertes para llevar a cabo la relación procesal-penal y con un basamento firme de la ejecución de las sanciones. Esto nos lleva a la importancia de saber proyectar un código penal, del procedimiento penal y de la ley de ejecución de sanciones.

(71) LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LA LEY PENAL.

Para que las normas jurídicas tengan eficacia y sean de observancia general, es imprescindible que posean un sustento fuerte de legalidad y de legitimidad, que resultan ser conceptos muy diversos aunque íntimamente relacionados y debe separarse en forma precisa, para no confundir.

La legalidad de un conjunto de normas se la brinda el hecho de haber sido promulgadas mediante el proceso legislativo del que hablé en incisos anteriores. Es decir, cuando han sido puestas en vigor conforme a los parámetros que nos marca el texto de la CPEUM.

En cambio, la legitimidad encuentra su basamento en las necesidades que imperan en la sociedad, y se dice que la ley es legítima cuando contiene los principios básicos para resolver el mayor número de problemas posibles, de los que se enfrenta el núcleo social en el cual va a regir.

Como la ley penal mira hacia el futuro, debe procurarse en el momento de elaborarla que con ella se resuelvan todos los problemas que se presentarán y si no, cuando menos los actuales, para evitar que se quede a la retaguardia del avance social y que resulte anticuada en menos tiempo de lo que se pensaba.

La ciencia jurídica pertenece al sector de la especulación, se encuentra evolucionando en forma constante, con miras a perfeccionarse y por eso la legislación de cualesquiera de sus materias no debe permanecer estática y regir por omnia secula seculorum; es rara una norma jurídica que pueda tener vigencia en todo tiempo y lugar.

Como dije, las normas que protegen al Derecho nacen y mueren en la par de la humanidad y deben transformarse conforme a ella, porque es el hombre quien las crea y el que decide en que momento han dejado de ser eficaces para la resolución de sus problemas. Solamente los principios jurídicos tienen duración mayor, aunque nunca ilimitada.

Con esto no he querido decir que se cambie de leyes jurídicas sin ton ni son, que hay que promulgar un código penal por año ni mucho menos. Siempre hay que atender a las necesidades que imperan en la sociedad, porque ellas serán nuestro parámetro.

Lo que sí es incuestionable, es que un ordenamiento de cualesquiera de las materias jurídicas no puede tener la misma eficacia cincuenta años después de haber sido promulgado, porque es lógico pensar que en ese tiempo la sociedad ha evolucionado y que sus necesidades ya no son las mismas que tiempo atrás.

Máxime si es un catálogo penal como el que está vigente en nuestro país: Mal hecho y lleno de parches por doquiera que se lo mire y que si ahora ha mejorado un poco, es gracias a las reformas constantes de cada sexenio, porque ni en sus mejores tiempos fue eficaz para la tarea encomendada.

No se trata de criticarlo por simple gusto; muchas personas en años anteriores y posteriores lo han criticado y lo criticarán y más aún, ahora que la mayor parte de los Estados de la Unión ha puesto en vigor un código penal distinto y actualizado. Lo curioso es que el que rige en materia federal siga siendo el mismo.

La necesidad de cambiarlo es imperante y cualquiera que tenga un poco de conciencia estará por afirmar lo mismo. Las autoridades en la materia lo repiten en forma constante y han hecho múltiples intentos por destruirlo; la prueba está en los proyectos que han sido redactados.

Debe entenderse que la legitimidad de las leyes es el factor fundamental para su observancia. No solamente existe la necesidad de una nueva legislación penal, también hacen falta la procesal-penal y la de ejecución de sanciones, que son el complemento para la lucha efectiva en contra del fenómeno de la delincuencia.

(6) LA INTERACCION DE LA LEY PENAL CON LA LEY PROCESAL PENAL.

Nadie puede negar que la eficacia de la ley penal se logra y se verifica mediante su aplicación en la práctica forense y que solamente puede ser aplicada atendiendo a los principios que nos marca la legislación procesal-penal; así se reafirma la relación existente entre ambas materias jurídicas.

El Código Penal y los postulados que lo sustentan cobran vida en la relación procesal-penal en los foros, en la cual las leyes sustantiva y adjetiva se integran para buscar las resoluciones al caso concreto de una expresión de Derecho controvertida, puesta en peligro, lesionada o destruida injustamente.

Todas las fases de la relación procesal-penal en la práctica forense deben llevarse a cabo bajo la aplicación de las provisiones de ambos ordenamientos jurídicos, tomando en consideración los principios que gobiernan a la hermenéutica jurídica.

Lo que se conoce con los nombres de "derecho penal" y "derecho procesal-penal", es una ciencia y un arte a la vez; la legislación penal contiene los principios básicos de la valoración jurídica, y la procesal penal las maneras de aplicarlos para lograr su efectividad.

Tanto la autoridad ministerial como la judicial, deben conocer el contenido de ambos ordenamientos, para fundar y motivar sus actos y tener una noción general del fenómeno de lo jurídico y de la justicia, para lograr resoluciones "conforme a derecho", que tiendan a la equidad.

(72) LA AVERIGUACION BREVE DEL DELITO.

El procedimiento penal se inicia con la fase indagatoria del delito, conocida con el nombre técnico-jurídico de "averiguación previa", la cual puede ser concebida como el conjunto de las diligencias necesarias para probar la existencia del delito y la presunta responsabilidad de una persona (extrínsecos constitucionales).

El constituyente de 1917 quiso depositar en el Ministerio Público la potestad exclusiva del ejercicio de la acción procesal-penal, en la investigación de los delitos y en la persecución de sus autores, para devolverle a la autoridad judicial la investidura que debía tener y que perdió al asumir el papel inquisitorio. (271)

Para estar en posibilidad de realizar ese ejercicio, la autoridad ministerial debe reunir los dos extremos que prevé el artículo 16º constitucional, buscando el conjunto de pruebas que sean bastantes para acreditar la existencia del delito y de la presunta responsabilidad de la persona indiciada.

Al momento de realizar el proceso de la prueba, la autoridad ministerial debe interrelacionar los preceptos aplicables que están contenidos en los códigos penal y procesal-penal, integrando las disposiciones que pertenecen a la parte general con un delito-tipo específico y con las normas procesales.

La base de todo acto de autoridad, que es la fundamentación y la motivación, es buscada en la consignación con base en los códigos sustantivo y adjetivo, en los apartados de previsión y sanción y en el resumen sucinto de la imputación directa de los hechos por los cuales se está consignando.

Hablo de la etapa de la prueba, porque eso es lo que realiza el Ministerio Público Investigador: Se allega un conjunto de pruebas, para acreditar la existencia del delito y de la responsabilidad presunta, otorgándole a esas probanzas un valor jurídico acorde con los principios procesales.

Erróneamente se ha considerado que las diligencias realizadas en la indagatoria del delito no tienen valor de pruebas y que es hasta el momento de dictar el auto de término constitucional, cuando la autoridad judicial se lo otorga, lo cual no es exacto y les resta importancia.

Si no se considera que la averiguación previa tiene valor probatorio, su realización sería inútil. Es más lógico afirmar que en esta etapa se prueba y en el enjuiciamiento se comprueba la existencia del delito y de la responsabilidad, presunta en el primer caso.

(73) EL ENJUICIAMIENTO DEL DELITO.

Le llamo enjuiciamiento a la segunda etapa de la relación procesal-penal. La primera está constituida por la averiguación previa que anteriormente había sido excluida. Yo la incluyo, porque estimo que es el punto de partida de todo procedimiento, cuando se inicia la pretensión punitiva estatal.

En el enjuiciamiento, la autoridad judicial se encarga de valorar las pruebas que le han aportado el Ministerio Público y la defensa (de cargo y descargo), para comprobar la existencia del delito y de la responsabilidad, procediendo a la individualización e imposición de las sanciones o consecuencias penales.

Nadie puede dudar de que en la tarea del juzgador se conjugan las disposiciones de los ordenamientos penal y procesal-penal, en cada uno de sus momentos: Desde el auto de término constitucional (que no siempre es de formal prisión), hasta los puntos resolutivos de la sentencia.

En el auto de término constitucional el juez valora las primeras pruebas que le fueron aportadas por el Ministerio Público (como autoridad), al momento de hacer la consignación, en ejercicio de la acción procesal-penal. Así, encuentra el fundamento legal para resolver sobre la libertad o la sujeción a proceso.

En la sentencia, compuesta por resultandos, considerandos y resolutivos, en todo momento la autoridad judicial está combinando los ordenamientos penal y procesal-penal, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su parte dogmática, y su arbitrio judicial.

También en esta etapa procesal el Ministerio Público adscrito al juzgado y la defensa (particular o de oficio), realizan la interpretación y la integración general de las leyes sustantiva y adjetiva, reafirmando con ello la interacción que existe entre ambos ordenamientos y la ciencia que los estudia.

(H) LOS CUADROS SINOPTICOS.

(a) LOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES.

SUBJETIVO INTUITIVO NATURAL	DERECHO	NATURALEZA = FACILIDAD Posibilidad de realizar determinados actos, tendientes a la consecución de un fin = JUSTICIA-NATURAL.
OBJETIVA GENERAL ABSTRACTA PERMANENTE	NORMA	SOCIEDAD = JURIDICIDAD (formas jurídicas de proteger al Derecho): Regla de convivencia social, estipulada para proteger las expresiones fundamentales del Derecho = JUSTICIA SOCIAL.
OBJETIVA GENERAL ABSTRACTA PERMANENTE CONCRETA	NORMA JURIDICA	Regla de convivencia social, estipulada para proteger las expresiones fundamentales del Derecho que han sido convertidas en bienes jurídicos = JUSTICIA JURIDICA
OBJETIVA GENERAL ABSTRACTA PERMANENTE CONCRETA	NORMA JURIDICO-PENAL	Regla de convivencia social, estipulada para proteger con singular energía las expresiones fundamentales del Derecho que han sido convertidas en bienes jurídicos = JUSTICIA JURIDICO-PENAL.
GENERALES CONCRETOS PERMANENTES OBLIGATORIOS	PRINCIPIOS RECTORES GENERALES DEL DERECHO	Reglas comunes y efectivas de cada sistema jurídico, que deben ser aplicadas cuando la norma no prevé una situación = EQUIDAD.
ESPECIFICA CONCRETA MAS O MENOS PERMANENTE A VECES OBLIGATORIA	JURISPRUDENCIA	Regla concreta, elaborada con base en las decisiones del juzgador al aplicar la norma = ARTE DE JUZGAR.
GENERAL CONCRETA ESPECULATIVA DINAMICA	DOCTRINA	Teorías generales comunes a todas o a una disciplina jurídica, que son elaboradas con bases científicas en el estudio de los teóricos al analizar al Derecho, a las normas, a los principios rectores generales del Derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina = CIENCIA JURIDICA.

(b) LA CIENCIA JURIDICA.

QUEHACER HUMANO

CIENCIA: Cuerpo de doctrinas metodológicamente ordenado.

ARTE: Conjunto de preceptos y reglas para hacer bien una cosa.

DEPORTE: Ocupación o recreación al aire libre.

OCIO: Descanso u ocupación reposada.

CIENCIAS

EXACTAS: De la naturaleza, mundo de la facticidad, cuyos principios son descubiertos y expresados con base en la causalidad.

ESPECULATIVAS: De la razón, mundo de la sociedad, cuyos principios son creados y expresados con base en la necesidad y finalidad.

CIENCIAS
ESPECULATIVAS

CIENCIA JURIDICA: Doctrinas o teorías elaboradas en el estudio científico del Derecho, de sus manifestaciones y formas de tutela, para proteger su ejercicio en la sociedad. Análisis de los entes y fenómenos jurídicos.

CIENCIA JURIDICO-PENAL: Análisis específicos de los entes y fenómenos jurídico-penales: Ley, delito, responsabilidad y sanciones.

DOCTRINA JURIDICA O ESTUDIO
CIENTIFICO DEL DERECHO Y DE
SUS FORMAS DE MANIFESTACION

DENOMINACION: Ciencia jurídica.

OBJETO DE ESTUDIO MATERIAL: El Derecho.

OBJETO DE ESTUDIO FORMAL: Las formas de protección al Derecho: Normas jurídicas, principios rectores generales del Derecho, jurisprudencia y doctrina.

OBJETIVO INMEDIATO: La protección de las expresiones fundamentales del Derecho (bienes jurídicos fundamentales).

OBJETIVOS MEDIATOS: Conservación del statu quo social, manifestación de justicia jurídica y manifestación de equidad.

METODO DE ESTUDIO: El método jurídico.

METODO JURIDICO

1. Interpretación o inventiva.
2. Construcción y sistematización.
3. Exposición o aportación.

P U E N T E S

DEL DERECHO: La naturaleza.

DE LA NORMA: Necesidades sociales, jurisprudencia y doctrina.

DE LOS PRINCIPIOS RECTORES GENERALES DEL DERECHO: Naturaleza, necesidades sociales, jurisprudencia y doctrina.

DE LA JURISPRUDENCIA: Normas, principios rectores generales del Derecho, jurisprudencia y doctrina.

DE LA DOCTRINA: Naturaleza, Derecho, necesidades sociales, normas jurídicas, principios rectores generales del Derecho, jurisprudencia y doctrina.

(c) EL ARTE JURIDICO

ARTE

Conjunto de preceptos y reglas para hacer bien una cosa.

ARTE JURIDICO

Conjunto de preceptos y reglas para juzgar bien.

JURISPRUDENCIA

= ARTE JURIDICO

JURISPRUDENCIA

Regla concreta, elaborada con base en las decisiones del juzgador, al aplicar los principios del sistema jurídico y resolver un caso concreto.

JURISPRUDENCIA

= ARTE DE JUZGAR

OPERACIONES DE
JUICIO

1. Determinar los ámbitos de aplicación por materia, territorio, persona y tiempo.
2. Interpretar e integrar los principios jurídicos.

AMBITOS DE APLICACION: Materia, territorio, persona y tiempo.

INTERPRETACION DE LA NORMA: Es hecha para fijar la voluntad de la ley, con base en la necesidad jurídica, con elementos jurídicos (hermenéutica jurídica) y elementos extra-jurídicos (hermenéutica cultural).

APLICACION
DE LA NORMA
JURIDICA

INTEGRACION DE LA NORMA: Es hecha para completar la protección al Derecho, con base en la necesidad jurídica, con elementos jurídicos (hermenéutica jurídica) y elementos extrajurídicos (hermenéutica cultural).

PROHIBICION DE INTEGRAR DELITOS-TIPO POR ANALOGIA EN LA MATERIA PENAL = PRINCIPIO DE LEGALIDAD = NULUM CRIME NULLA POENA SINE LEGE SCRIPTA ET STRICTA).

HERMENEUTICA JURIDICA = Etica y lógica jurídicas, normas jurídicas, principios rectores generales del Derecho, jurisprudencia y doctrina jurídica.

HERMENEUTICA CULTURAL = Principios generales y esenciales de la cultura.

(d) LOS ORDENAMIENTOS NORMATIVOS.

NORMAS DE CONVIVENCIA SOCIAL:

EXTERNAS
AUTONOMAS
UNILATERALES
COACTIVAS

NORMAS MORALES:

INTERNAS
EXTERNAS
AUTONOMAS
UNILATERALES
COACTIVAS

NORMAS JURIDICAS:

EXTERNAS
HETERONOMAS
BILATERALES
COACTIVAS
COERCITIVAS
SUBSTANCIALES

NORMAS RELIGIOSAS

INTERNAS
HETERONOMAS
UNILATERALES
COACTIVAS

(e) LAS NORMAS PENALES.

FUNDAMENTO	La necesidad social de proteger con singular energía determinadas expresiones fundamentales del Derecho.
FINALIDAD	Protección de bienes jurídicos fundamentales, como último recurso estatal.
BASES PARA SU CREACION	Deben redactarse: 1. En términos de deber. 2. Como modelos de conducta. 3. Como proposiciones normativas. 4. Como hipótesis de realización futura. 5. En abstracto.
CLASES	Descriptivas. Justificativas. Negativas. Prohibitivas. Sancionadoras.
DELITOS-TIPO COMO NORMAS PENALES	Creados para la salvaguarda del principio de legalidad. Prohibitivos. Prescriptivos. Cerrados. Abiertos.
ELEMENTOS DEL DELITO-TIPO	Precepto - Tipo - Deber. Sanción - Punibilidad - Ser.
CARACTERISTICAS DE LAS NORMAS PENALES	Externas. Heterónomas. Bilaterales. Coactivas. Coercitivas. Substanciales.

(f) LA LEY PENAL.

ORIGEN: La necesidad humana.

ORGANO PRODUCTOR: La razón humana.

FUENTES: Inmediata: La necesidad social.
Mediata: Doctrina, jurisprudencia y principios rectores generales del Derecho.

CARACTERISTICAS: Subordinada a la CPEUM.
Normativa o reguladora.
De tutela especial a los bienes jurídicos fundamentales.
Preferentemente constitutiva.
Excepcionalmente sancionadora.
Dinámica.
Coactiva.
Coercitiva.
Punitiva.
Clara.
Precisa.
General.
Abstracta.
Permanente.
Reformable.
De observancia general.

DESTINATARIO: Todo ser humano que viva en la sociedad en la cual tiene vigencia.

TITULAR DE SU CREACION: Solamente el Estado.

(g) LA VIDA DE LA LEY PENAL.

PROCESO DE CREACION:

Iniciativa.
Discusión.
Aprobación.
Sanción.
Publicación.
Inicio de vigencia.

PROCESO
DE
APLICACION

1. Determinación de los ámbitos de validez
Excepciones en la validez personal
Inmunidades.
Prerrogativas.
Inviolabilidad.
Regulación especial.
2. Interpretación.
3. Integración.

PROCESO DE SUPRESION:

Abrogación.
Derogación.

REFORMAS.

(I) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1. ABARCA. El Derecho Penal en México. 2. ANICOLISEI. Manuale di Diritto Penale. 3. ANTON ORBECA. Derecho Penal. 4. BAUGLENI. Diritto Penale. 5. ESPERRA - BAUTISTA. El Fuero Constitucional. 6. CAVALLO. Diritto Penale. Tomo I. 7. DE LA MADRID HURTADO. Elementos de Derecho Constitucional. 8. FLORIAN. Parte General de Derecho Penal. 9. GARCIA MAYNEZ. Introducción al Estudio del Derecho. 10. GONZALEZ ROURA. Derecho Penal. Tomo I. 11. GUTIERREZ CHICHINO. Teoría del Derecho. 12. HENRERA Y LASSO. Estudios Constitucionales. 13. CASTELLANCA TENA. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 14. HUNGRIA. Comentarios al Código Penal. 15. JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. 16. KELSEN. Teoría Pura del Derecho. 17. LOPEZ-REY AYROJO. Proyecto Oficial de Código Penal. 18. MAGGIORE. Derecho Penal. Tomo I. 19. MANZINI. El Problema de la Integración de las Lagunas de la Ley. 20. MANZINI. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. 21. MASSARI. Le Dottrine Generali del Diritto Penale. 22. MASAVEU. Nuevo Derecho Penal. 23. MEDINA HERNANDEZ. El Derecho. ¿Es una Ciencia o un Arte? 24. MEDINA HERNANDEZ. La Ley Penal. Producto de la Razón Humana. 25. MEDINA HERNANDEZ. La Función del Derecho Penal como Protección a los Bienes Jurídicos. 26. MERRYMAN. La Tradición Jurídica Romano-Canónica. 27. MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. 28. OVILLA MANDUJANO. Teoría del Derecho. 29. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada). 30. PAGLI. Il Diritto Penale Italiano. Tomo I. 31. PETROCELLI. Principi di Diritto Penale. Tomo I. 32. FORGE PETIT. Programa de la Parte General de Derecho Penal. 33. FORGE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 34. PUIG PENA. Derecho Penal. Tomo I. 35. RAMIERI. Diritto Penale. 36. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 37. REYES. Derecho Penal. Parte General. 38. ROUSSEAU. El Contrato Social. 39. SANTANIELLO. Manuale di Diritto Penale. 40. TABAYO Y SALMORAN. El Derecho y la Ciencia del Derecho. 41. TENA RAMIREZ. Derecho Constitucional Mexicano. 42. WELZEL. El Nuevo Sistema del Derecho Penal.

SECCION SEGUNDA
LA NUEVA ESTRUCTURA DEL DELITO

LA NUEVA ESTRUCTURA DEL DELITO. LA TEORIA GENERAL DEL DELITO. CAPITULO PRIMERO. NULLUM CRIMEN SINE CONDUCTA. LA TEORIA GENERAL DEL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL. (A) LA TEORIA TRADICIONAL: (74) Las Formas de Conducta. (75) El Resultado. (76) El Nexo Causal. (77) La Clasificación del Delito en Orden a la Conducta. (78) La Clasificación del Delito en Orden al Resultado. (79) La Ausencia de Conducta. (80) Las Consideraciones Críticas. (B) MI TEORIA: (81) El Concepto Causal de la Acción. (82) La Teoría Finalista de la Acción. (83) Las Consideraciones Críticas. (84) El Elemento Subjetivo-Material. (85) La Nueva Estructura de la Conducta. (C) EL ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL: (86) Las Formas de Manifestación de la Voluntad: (a) La Conducta. (b) El Hecho. (c) Las Semejanzas entre la Conducta y el Hecho. (d) Las Diferencias entre la Conducta y el Hecho. (e) La Actividad. (f) La Inactividad. (g) La Inactividad Propia. (h) La Inactividad Impropia. (i) Las Semejanzas y Diferencias entre la Actividad y la Inactividad. (j) Las Diferencias Entre la Actividad y la Inactividad. (k) El Acto. (l) Los Ejemplos Legales Tomados del CPF de las Formas de Manifestación de la Voluntad. (87) La Clasificación del Delito en Razón de sus Formas de Manifestación: (a) Los Delitos de Actividad o de Acción. (b) Los Delitos de Inactividad u Omisión Propia. (c) Los Delitos Mixtos. (d) Los Delitos Dobles. (e) Los Delitos de Conducta Alternativa. (f) Los Delitos de Actividad y Doble Inactividad. (g) Los Delitos Unisubsistentes. (h) Los Delitos Pluribus Sententis. (i) Los Delitos Habituales. (j) Los Delitos Complejos. (k) Los Delitos de Omisión Mediante Acción. (l) Los Delitos de Omisión de Resultado. (m) Los Delitos sin Conducta, de Posición, de Sospecha o de Comportamiento. (88) La Fase Interna del Iter Criminis. (89) La Voluntad Simple. (90) La Voluntad Consciente: (a) La Previsión. (b) El Querer. (c) El Entender. (91) La Intención: (a) La Intención Directa. (b) La Intención Indirecta. (c) La Intención Mixta. (d) Las Semejanzas entre los Tipos de Intención. (e) Las Diferencias Entre los Tipos de Intención. (f) La Clasificación del Delito en Orden a la Intención. (93) La Fase Externa del Iter Criminis. (94) Los Resultados: (a) La Finalidad o los Propósitos. (b) La Selección de Medios. (c) Los Logros. (d) Las Tentativas. (e) La Tentativa Acabada y la Desistida. (f) La Tentativa Acabada y la Arrepentida. (g) La Tentativa Imposible. (h) Los Delitos que no Admiten la Tentativa. (i) La Consumación. (j) Las Consecuencias Secundarias. (k) El Concurso de Delitos. (l) El Delito Continuado. (m) Las Clases de Resultados. (n) El Resultado Jurídico. (ñ) El Resultado Material. (o) El Resultado Final. (p) El Resultado Causal. (q) Los Ejemplos Legales Tomados del CPF de las Clases de Resultado. (95) La Clasificación del Delito en Atención a su Resultado: (a) Los Delitos de Inactividad u Omisión Impropia. (b) Los Delitos de Resultado Jurídico. (c) Los Delitos de Resultado Material. (d) Los Delitos de Resultado Cortado. (e) Los Delitos Intendados. (f) Los Delitos Consumados. (g) Los Delitos Instantáneos. (h) Los Delitos Permanentes. (i) Los Delitos Continuados. (j) Los Delitos Instantáneos con Efectos Permanentes. (k) Los Delitos Necesariamente Permanentes. (l) Los Delitos Alternativamente Permanentes. (m) Los Delitos Eventualmente Permanentes. (n) Los Delitos de Daño. (ñ) Los Delitos de Peligro. (96) La Relación entre la Conducta y el Resultado: (a) El Nexo Causal. (b) El Nexo Final. (c) El Nexo Normativo. (d) El Nexo Material. (e) El Nexo en la Acción. (e) El Nexo en la Omisión. (97) LOS TEMAS AUXILIARES: (97) Las Cualidades de la Conducta: (a) La Conducta Cromática o Acromática. (98) Las Consecuencias de la Aparición del Elemento Subjetivo-Material: (a) En la Realidad Fáctica. (b) En el Mundo Jurídico-Penal. (c) La Conducta Sintomática. (d) La Conducta Dependiente. (99) Los Complementos para la Realización de la Conducta: (a) Las Clases de Complementos. (b) Totalmente por un Sujeto Activo. (c) Parcialmente por un Sujeto Activo. (d) Totalmente por un Tercero. (e) Totalmente por dos o más Sujetos Activos. (100) El Lugar y el Tiempo de la Realización de la Conducta: (a) La Importancia de Determinar el Lugar y el Tiempo de la Realización de la Conducta. (b) Consumación de la Conducta. (c) La Consumación del Delito. (E) EL ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL: (101) La Conducta Libre en su Causa: (a) La Conducta Libre en su Causa con Intención Directa. (b) La Conducta Libre en su Causa con Intención Indirecta. (102) La Falta de Manifestación de la Voluntad. (103) La Involuntariedad: (a) Los Movimientos Involuntarios y Conscientes. (b) Los Movimientos Instintivos. (c) Los Movimientos Fisiológicos. (d) Los Movimientos Reflejos. (e) La Fuerza Física Irresistible. (f) La Fuerza Mayor. (g) Los Movimientos Involuntarios e Inconscientes. (h) La Hipnosis. (i) El Somnambulismo. (j) El Sueño. (104) La Inconsciencia: (a) Los Trastornos Mentales Transitorios. (b) El Error de Tipo. (c) El Error de Tipo Objetivo. (d) El Error de Tipo Subjetivo. (e) El Error Sobre la Norma. (f) El Error de Regulación. (g) El Error de Permisión. (h) El Error de Justificación. (105) La Ausencia de Intención. (106) La Carencia de Resultado. (107) La Imposibilidad de Relacionar la Conducta y el Resultado. (108) Las Consecuencias de la Ausencia

del Elemento Subjetivo-Material. (a) En la Realidad Fáctica. (b) En el Mundo Jurídico-Penal. (P) **LOS CUADROS SINÓPTICOS:** (a) El Aspecto Positivo del Elemento Subjetivo-Material. Nullum Crimen Sine Conducta. (b) El Presupuesto del Elemento Subjetivo-Material. Las Formas de Manifestación del Delito. (c) Las Diferencias Entre la Conducta y el Hecho. (d) Los Componentes del Elemento Subjetivo-Material. (e) Las Diferencias Entre el Delito de Mera Conducta o Formal y de Resultado o Material. (f) Las Diferencias Entre las Clases de Tentativa. (g) Las Diferencias Entre el Concurso de Delitos Ideal y Real. (h) El Delito Continuado. (i) El Iter Criminis y el Elemento Subjetivo-Material. (j) Las Hipótesis de Ausencia del Elemento Subjetivo-Material. (G) **LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. CAPÍTULO SEGUNDO. NULLUM CRIMEN SINE TYPICIDAD. LA TEORÍA GENERAL DEL ELEMENTO REGULADOR. (A) LA TEORÍA TRADICIONAL:** (109) El Tipo. (110) Los Elementos del Tipo. (111) La Clasificación del Delito en Delito-Tipo. (112) La Función del Tipo. (113) La Tipicidad. (114) La Atipicidad. (115) Las Consideraciones Críticas. (B) **MI TEORÍA:** (116) La Tipicidad en el Causalismo. (117) La Tipicidad en el Finalismo. (118) Las Consideraciones Críticas. (119) La Nueva Estructura del Tipo. (120) El Elemento Regulador. (121) La Nueva Estructura de la Tipicidad. (C) **EL ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO REGULADOR:** (122) La Necesidad de que Exista el Delito-Tipo. (123) La Función del Delito-Tipo. (a) La Función Independiente. (b) La Función Indiciaria de la Antijuridicidad. (c) La Función de Ratio Essendi de la Antijuridicidad. (d) La Función de Concreción y Conocimiento. (e) La Función de Política Penal. (f) Mi Opinión. (125) Las Clases de Tipos. (a) Los Tipos Generales. (b) Los Tipos Especiales. (c) Los Tipos Descriptivos. (d) Los Tipos Justificativos. (e) Los Tipos Negativos. (f) Los Tipos Sancionadores. (g) Los Tipos Prohibitivos. (h) Los Tipos Prescriptivos. (i) Los Ejemplos Legales Tomados del CPF de las Clases de Tipos. (125) La Construcción del Delito-Tipo. (a) La Parte Objetiva o Causal. (b) La Parte Subjetiva o Final. (c) La Parte Reguladora para la Valoración. (127) Las Causas Sancionadoras. (127) Los Elementos del Delito-Tipo: (a) Los Presupuestos del Delito Particular. (b) El Verbo Regulador. (c) El Deber Jurídico. (d) Las Modalidades de la Conducta. (e) El Sujeto Activo. (f) El Sujeto Pasivo. (g) El Objeto Material. (h) El Bien Jurídico. (i) Los Elementos Subjetivos. (j) Los Factores para la Valoración. (k) La Punibilidad. (128) La Clasificación del Delito en Orden al Tipo. (a) El Delito-Tipo Fundamental o Básico. (b) El Delito-Tipo Especial. (c) El Delito-Tipo Autónomo o Independiente. (d) El Delito-Tipo de Formulación Libre. (e) El Delito-Tipo de Formulación Cautelar. (f) El Delito-Tipo de Formulación Alternativa. (g) El Delito-Tipo de Formulación Copulativa. (h) El Delito-Tipo Común o Indiferente. (i) El Delito-Tipo Propio o Exclusivo. (j) El Delito-Tipo Monosubjetivo. (k) El Delito-Tipo Plurisubjetivo. (l) El Delito-Tipo Personal. (m) El Delito-Tipo Impersonal. (n) El Delito-Tipo Monopasivo. (ñ) El Delito-Tipo Pluripasivo. (o) El Delito-Tipo Normal. (u) El Delito-Tipo Anormal. (g) El Delito-Tipo Simple. (r) El Delito-Tipo Complejo. (s) Los Delitos-Tipo y las Circunstancias. (t) El Delito-Tipo y los Dispositivos que lo Amplían. (u) Los Ejemplos Legales Tomados del CPF de la Clasificación del Delito-Tipo. (129) La Tipicidad. (130) La Función de la Tipicidad. (a) La Función de la Pura Coordinación. (b) La Función Indiciaria de la Antijuridicidad. (c) La Antijuridicidad como Ratio Essendi de la Tipicidad. (d) La Función Sistematizadora. (e) Mi Opinión. (131) La Importancia de la Tipicidad. (132) Las Características de los Tipos Penales. (133) La Concurrencia de Tipos Penales: (a) La Denominación. (b) El Concepto. (c) Las Hipótesis. (d) Las Analogías y Diferencias Entre el Concurso Ideal de Delitos y la Concurrencia de Tipos. (e) Los Criterios para Resolver el Conflicto de la Concurrencia de Tipos Penales. (134) Las Consecuencias de la Aparición del Elemento Regulador. (a) En la Realidad Fáctica. (b) En el Mundo Jurídico-Penal. (P) **EL ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO REGULADOR:** (135) Las Causas de Atipicidad. (a) La Ausencia de Tipo. (b) La Falta del Presupuesto Particular del Delito. (c) La no Adecuación al Verbo Regulador. (d) La Carencia de Algunas Modalidades de la Conducta. (e) La Carencia de Requisitos que Debe Reunir el Sujeto Activo o el Pasivo. (f) La Ausencia de Objeto Material. (g) La Falta del Bien Jurídico. (h) La Carencia de los Elementos Subjetivos. (i) La no Concordancia con los Factores para la Valoración. (136) Las Consecuencias de la Ausencia del Elemento Regulador. (a) En la Realidad Fáctica. (b) En el Mundo Jurídico-Penal. (E) **LOS CUADROS SINÓPTICOS:** (a) El Aspecto Positivo del Elemento Regulador. (b) El Aspecto Negativo del Elemento Regulador. (c) La Tipicidad. (d) Las Características del Delito-Tipo. (e) La Concurrencia de Tipos Penales. (f) Las Causas de Atipicidad. (g) Las Causas Generales de Atipicidad y sus Efectos. (F) **LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. CAPÍTULO TERCERO. NULLUM CRIMEN SINE ANTIJURIDICIDAD. LA TEORÍA GENERAL DEL ELEMENTO VALORATIVO. (A) LA TEORÍA TRADICIONAL:** (137) El Concepto de la Antijuridicidad. (138) Las Clases de Antijuridicidad. (139) El Papel que Desempeña la Antijuridicidad. (140) Las Causas de Licitud o Justificación en General. (141) Las Consideraciones Críticas. (B) **MI TEORÍA:** (142) La Antijuridicidad en el Causalismo. (143) La Antijuridicidad en el Finalismo. (144) Las Consideraciones

nes Críticas. (145) El Elemento Valorativo. (146) La Nueva Estructura de la Antijuridicidad. (C) EL ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO VALORATIVO: (147) El Concepto de la Antijuridicidad (148) La Antijuridicidad en General. (148) La Antijuridicidad en Materia Penal. (150) La Existencia del Deber Ser. (a) El Deber Ser en las Normas Prohibitivas. (b) El Deber Ser en las Normas Prescriptivas. (151) La Contrariedad al Deber Ser. (a) Lo Antijurídico, lo Jurídico, lo Injusto, lo Ilícito, lo ilegal y lo Ilegítimo. (b) La Licitud y la Ilícitud. (c) La Justicia y la Injusticia. (d) La Legalidad y la Ilegalidad. (e) La Legitimidad y la Ilegitimidad. (f) Lo Antijurídico y lo no Antijurídico. (g) Las Normas de Deber. (152) Las Clases de Antijuridicidad: (a) La Antijuridicidad Formal o Nominal. (b) La Antijuridicidad Real o Material. (c) La Antijuridicidad Subjetiva. (d) La Antijuridicidad Objetiva. (e) La Antijuridicidad Potencial y Actual. (f) Mi Opinión. (153) La Antijuridicidad Especial Tipificada. (154) La Presunción de Antijuridicidad: (a) La Presunción Juris et de Iure y Juris Tantum. (b) El Tipo Como Presunción de la Antijuridicidad. (c) La Tipicidad Como Índice de la Antijuridicidad. (155) La Función de la Antijuridicidad. (a) La Antijuridicidad y su Relación con la Conducta. (b) La Antijuridicidad y su Relación con la Tipicidad. (c) La Antijuridicidad y su Relación con la Culpabilidad. (d) La Antijuridicidad Como Fundamento de la Pena. (156) La Concreción de la Antijuridicidad. (a) El Juicio de Valor Objetivo. (b) El Juicio de Valor Subjetivo. (c) Las Otras Bases para la Valoración. (d) Las Reglas para la Valoración. (e) Las Personas Encargadas de Realizar la Valoración. (157) Las Consecuencias de la Aparición del Elemento Valorativo. (a) En la Realidad Jurídica. (b) El Juicio Jurídico-Formal. (D) EL ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO VALORATIVO: (158) La Inexistencia del Deber Ser Jurídico-Penal. (159) La Aparición de una Norma Justificativa. (160) Las Normas Justificativas: (a) Sus Diferencias con las Normas Prescriptivas y Prohibitivas. (b) La Conducta Lícita y la Justificada. (c) La Conducta no Antijurídica y la Permitida. (d) Las Normas Justificativas y la Legitimación. (e) La Justificación y la Legalidad. (f) Las Clases de Normas Justificativas. (161) Las Justificantes Legales. (162) Las Justificantes Extralegales. (163) La Legítima Defensa. (a) La Definición. (b) Los Elementos de la Legítima Defensa. (c) El Animo en la Legítima Defensa. (d) La Situación Problemática de la Legítima Defensa. (e) Las Presunciones de la Legítima Defensa. (164) El Estado de Necesidad: (a) El Concepto del Estado de Necesidad. (b) Los Elementos del Estado de Necesidad. (c) Los Tipos Especiales de Estado de Necesidad. (d) Las Diferencias Entre el Estado de Necesidad y la Legítima Defensa. (165) El Ejercicio de un Derecho: (a) El Concepto del Ejercicio de un Derecho. (b) Los Requisitos Legales del Ejercicio de un Derecho. (c) Las Hipótesis de los Derechos a Ejercitar. (d) El Abuso Ante el Ejercicio de un Derecho. (166) El Cumplimiento de un Deber. (167) El Impedimento Legítimo. (168) La Obediencia Jerárquica: (a) El Concepto de la Obediencia Jerárquica. (b) La Obediencia Jerárquica en el Código Penal. (169) El Consentimiento del Interesado: (a) Los Requisitos del Consentimiento. (170) Las Consecuencias de la Ausencia del Elemento Valorativo: (a) En la Realidad Fáctica. (b) En el Mundo Jurídico-Penal. (a) Como Aspecto Negativo de la Antijuridicidad. (b) Las Diferencias Entre las Normas Justificativas y las Normas de Deber. (c) La Validez de las Causas de Justicia. (d) El Tratamiento Legal de las Justificantes. (e) El Exceso en las Causas de Justificación. (E) LOS CUADROS SINÓPTICOS: (a) El Aspecto Positivo del Elemento Valorativo. (b) Las Clases de Antijuridicidad. (c) La Posición Legal de Garantía. (d) Los Límites de lo Antijurídico. (e) El Aspecto Negativo del Elemento Valorativo. (f) Las Normas Justificativas. (g) La Legítima Defensa. (h) El Estado de Necesidad. (i) El Ejercicio de un Derecho. (F) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. CAPÍTULO CUARTO. NULLUM CRIMEN SINE CULPABILIDAD. LA TEORÍA GENERAL DEL ELEMENTO NORMATIVO. (A) LA TEORÍA TRADICIONAL: (171) La Intención. (172) La Preterintención. (173) La no Intención. (174) El Límite de la Culpabilidad. (175) Las Consideraciones Críticas. (B) MI TEORÍA: (175) La Culpabilidad Psicológica. (a) El Concepto. (b) La Estructura. (c) La Inculpabilidad. (177) La Culpabilidad Normativa Causalista. (a) El Concepto. (b) La Estructura. (c) La Inculpabilidad. (178) La Culpabilidad Normativa Finalista. (a) El Concepto. (b) La Estructura. (c) La Inculpabilidad. (179) Las Consideraciones Críticas. (a) En el Aspecto Positivo del Psicologismo. (b) En el Aspecto Positivo del Normativismo Causalista. (c) En el Aspecto Positivo del Normativismo Finalista. (180) El Elemento Normativo. (181) La Nueva Estructura del Elemento Normativo. (182) El Concepto de Culpabilidad. (183) La Función de la Culpabilidad. (a) La Culpabilidad Como Elemento del Delito. (b) La Culpabilidad Como Límite o Fundamento de la Pena. (184) El Juicio Normativo. (185) (Libre Albedrío o Determinismo). (186) El Ejercicio de la Libertad al Actuar. (187) (d) La Exigibilidad. (188) La Noaprobabilidad. (189) Los Grados del Reprocho. (190) El Elemento Normativo y los Incapaces. (191) Las Consecuencias de la Aparición del Elemento Normativo. (D) EL ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO NORMATIVO: (192) La Coacción. (b) La Inexigibilidad. (c) La Irreprochabilidad. (193) Las Consecuencias de la Ausencia del Elemento Normativo. (E) LOS CUADROS SINÓPTICOS (a)

La Presencia del Elemento Normativo. (b) La Culpabilidad en el Psicologismo. (c) La Inculpabilidad en el Psicologismo. (d) La Culpabilidad en el Normativismo Causalista. (e) La Inculpabilidad en el Normativismo Causalista. (f) La Culpabilidad en el Normativismo Finalista. (g) La Inculpabilidad en el Normativismo Finalista. (h) La Ausencia del Elemento Normativo. (F) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

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

El estudio de cada uno de los elementos del delito será sistematizado, atendiendo a: 1. La teoría tradicional. 2. El sistema causalista. 3. El pensamiento del finalismo. 4. Mi teoría (sincretismo penal). 5. El desarrollo general de los principios de cada elemento, en mi concepto.

Hago una aclaración muy importante: Denominaré tradicionalistas a las posturas de todos los autores que no aceptan en forma plena los postulados básicos de la acción finalista. Prácticamente, con ellos me inicié en el estudio de la ciencia jurídico-penal y fueron el sustento de estos nuevos planteamientos, al notar sus errores.

Si hay una repetición constante en la cita de las obras de PORTE PETIT, JIMÉNEZ HUERTA y PAVON VASCONCELAS, es porque a ellos los considero como los principales exponentes de la disciplina penal que, en forma tradicional, es impartida en las aulas de nuestra Facultad de Derecho.

También podrá darse cuenta el lector de que en ocasiones los críticos, que a veces convergo con ellos y en parte me sirven para estructurar o afirmar mis proposiciones. De cualquier manera, mi respeto y mi reconocimiento por la tarea que desarrollaron y aún desarrollan en pro de la ciencia jurídico-penal.

Si en algunas ocasiones mis objeciones fueren sarcásticas o duras, no quiero que eso se tome como prepotencia o como algo personal en contra de la tradición, puesto que de ella aprendí mucho y me ha dado el basamento necesario para la reestructura que intento en esta tesis.

Recuérdese siempre que mi deseo es que resalte que lo que estoy haciendo es el análisis de todo un sistema jurídico y que no me dedico a decir simplemente qué es lo que está bien o mal, sino que digo porqué y ofrezco proposiciones concretas para cambiarlo y que de los lectores depende mi triunfo o mi fracaso.

En virtud de que en esta Sección Segunda tengo que tratar todo lo que está relacionado con la nueva estructura de los elementos que integran al delito en su aspecto positivo y de las hipótesis que lo amulan en el mundo jurídico-penal, en su aspecto negativo, opté por dividirla en cuatro capítulos que contendrán:

CAPITULO PRIMERO:	La Teoría General del Elemento Subjetivo-Material o Conducta.
CAPITULO SEGUNDO:	La Teoría General del Elemento Regulador o Tipicidad.
CAPITULO TERCERO:	La Teoría General del Elemento valorativo o Antijuridicidad.
CAPITULO CUARTO:	La Teoría General del Elemento Normativo o Culpabilidad.

Posiblemente el contenido de esta Sección se extienda mucho más que las anteriores y las posteriores; ello se debe a que voy a brindar lineamientos de las teorías generales de cada uno de los elementos aludiendo, desde luego, a sus aspectos negativos y a la opinión de otros autores.

CAPITULO PRIMERO
NULLUM CRIMEN SINE CONDUCTA

LA TEORIA GENERAL DEL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL.

"El destino no está sujeto a la ciega fatalidad; si así fuera, el hombre no habría sido dotado de inteligencia, de voluntad y de consciencia". ESTEBAN MAYO.

El lugar del primogénito entre los elementos que integran al delito como ente jurídico-penal, lo ocupa la conducta. Ella es el vértice de la construcción del ilícito punible y nos brinda la pauta para que sea iniciado el proceso de la valoración jurídica del comportamiento probablemente delictuoso, en la relación procesal-penal.

Su importancia ha dado lugar a que en nuestra disciplina sea erigido uno de sus máximos apogemas: *Nullum crimen sine conducta* (no hay delito sin conducta), que fue elegido para denominar al capítulo que procederé a desarrollar.

Puedo decir que fundamentalmente el fenómeno jurídico-penal está integrado por cuatro elementos, a saber: Elemento subjetivo-material (conducta), elemento regulador (tipicidad), elemento valorativo (antijuridicidad) y elemento normativo (culpabilidad o temibilidad), y con los componentes propios de cada una de las figuras típicas.

El eslabón con el cual iniciamos la cadena es la conducta y a ella iremos sumándole los restantes elementos del delito (generales y particulares), para que terminemos asegurándola con el candado que es la responsabilidad, cuya llave lo son la ejecución de las consecuencias o sanciones penales impuestas en sentencia.

Una vez superadas todas aquellas antiguas creencias de que las cosas y los animales eran capaces de externar actos volitivos, influenciados principalmente por supersticiones y por un fanático apego a los postulados religiosos, la ciencia jurídico-penal tuvo que reconocer que sólo debían ser sancionados los comportamientos que los hombres realizaran con voluntad.

Como correctivo a este principio y para superar la responsabilidad por el resultado fueran ligadas, sin llegar a unirse, la voluntad y la intención y se dijo que la conducta que estuviera en posibilidad de integrar un delito debería ser voluntaria e intencional; es decir, culpable.

En el ámbito de la ciencia jurídico-penal la conducta y la voluntad se hallan en íntima comunión; a tal grado, que no deben ser sancionados los hechos que no sean producto de un acto de volición intencionada; las manifestaciones de la naturaleza y de los animales no nos interesan, si no pueden ser ligadas al comportamiento del hombre.

De todos es bien sabido que en otras disciplinas científicas no ocurre lo mismo que en nuestra materia; en la psicología de la conducta, por ejemplo, se designa con este nombre genérico a cualquier respuesta que dé un organismo ante la presencia de ciertos estímulos a los que será expuesto.

Lo mismo se llama conducta al comportamiento humano que al acto de una cosa o de un animal. La conducta penalísticamente hablando, presupone un acto de voluntad del cual las cosas y los animales no tienen capacidad. Técnicamente los actos de volición solamente pueden proceder del hombre.

Resulta que los animales están motivados a actuar por sus instintos, básicamente es el instinto de conservación el que los mueve; digamos que éste es el motor central de sus actos. Las cosas, en cambio, solamente pueden ser animadas por mecanismos naturales o por la mano humana.

Por estos motivos, no pueden establecerse técnicas de control específico a las manifestaciones de la naturaleza o de los animales. Lo que es más, ni siquiera deberían ser llamadas "conductas", dado que éstas presuponen un acto volitivo, para el cual sólo el individuo está capacitado.

Si a las manifestaciones de la naturaleza o de los animales se quiere llamarlas "conductas" tendremos que concluir que la ausencia de voluntad las convierte en conductas incompletas. El hombre, ser dotado de intelli-

gencia y de consciencia, es el único que esta capacitado para externar actos de volición y comprender sus alcances o lo que he de llamar "conductas completas".

Sólo el individuo es capaz de querer con plena consciencia, para comprender la relevancia que adquiere la realización de su conducta y adquirir una noción ética del bien y del mal; por lo tanto, es el único ser al que se le puede regular en su comportamiento, diciéndole que es lo que se debe y lo que no se debe hacer.

Nada más con los seres humanos puede realizarse un proceso de enseñanza-aprendizaje integral que, al momento de entrar en interacción con el mundo del deber ser, los ayudará a nombrar su comportamiento y adaptarlo a un patrón de conducta preestablecido y entendido.

El hombre, debido a su potencialidad de entender es, en ocasiones, capaz hasta de controlar sus instintos. Para regular la conducta surgen técnicas de control específico del comportamiento en sociedad, las cuales nos brindan sus postulados a través de normas sociales, religiosas y jurídicas (272).

La mayor preocupación del ordenamiento jurídico en su totalidad, es la de establecer las reglas para nombrar la conducta de los integrantes de un núcleo social determinado, por medio de permisiones, prescripciones, prohibiciones y justificaciones, aunadas a la coactividad y a la coercitividad.

El único comportamiento que adquiere relevancia en la ciencia jurídico-penal es el del ser humano. El *ius poenale*, a través de mandamientos positivos y negativos, manifiesta el poder coercitivo y coactivo de que goza el Estado -*iuris puniendi*-, mediante la amenaza e imposición de las sanciones establecidas en sus normas.

Concluyo que solamente encuentran interés en el aspecto punitivo, las conductas humanas voluntarias e intensionales. "Por eso decimos resueltamente -asentó JIMENEZ DE ASUA-, que sólo el hombre es capaz de delito, porque sólo él realiza acciones voluntarias". (273)

Por azares de la naturaleza, el ser humano es el único ente natural que está capacitado para llevar a cabo actos motores voluntarios, conscientes e intensionales, y con ellos logra actualizar los postulados de una norma penal que describe conductas consideradas como delictuosas.

El hombre tiene potencialidad para externar procesos volitivos e intelectuales, con su matiz de consciencia, los cuales lo llevan a la posibilidad de realizar conductas completas, que concretarán la previsión normativa penal. Es capaz de realizar actos de previsión, voluntad, intensión y entendimiento.

Las conductas que el catálogo de normas penales ha querido regular, han sido descritas en los postulados de explicitación que nos brinda cada uno de sus ordenamientos o en las normas penales especiales y se les debe dar la denominación de delitos-tipo o tipos, simplemente.

El delito-tipo es el marco al cual ha de referirse el comportamiento que es presuntivamente delictuoso, para probar y comprobar que está en posibilidades de llegar a integrar un delito, en el proceso de la valoración jurídica de las autoridades ministerial y judicial, respectivamente.

Cuando la manifestación de la voluntad humana no atiende a los mandamientos del delito-tipo que es cuestionado, la conducta es considerada como delictuosa, con la presunción *iuris tantum* (salvo prueba en contrario), que destruimos en el momento en que se presenta alguna de las causas que anulan al delito en el mundo jurídico (aspecto negativo).

El proceso de la valoración del ente jurídico-penal toma su inicio en la evaluación de la conducta que junto con los restantes elementos de la infracción darán nacimiento al delito, propiciando que le sean aplicadas a su autor las consecuencias que la norma penal prevé para sancionar a quienes desatiendan sus postulados.

(272) SUPRA. Sección Primera. Inciso (A). Número (47). *Las Normas de Convivencia Social*.

(273) JIMENEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*. p. 211. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

El elemento subjetivo-material, conducta o acción en sentido amplio, como gustan de llamarlo algunos autores, ha sido observado desde dos perspectivas diversas, de acuerdo con los distintos "sistemas de Derecho Penal".

En una primera instancia, la posición que adopta la teoría tradicional del delito atiende a un concepto causalista -natural o social-. Con las mejoras de la ciencia jurídico-penal, la segunda nos habla de una acción finalista. Desde este momento me unió a dicha tendencia, haciéndole las modificaciones que consideré pertinentes para crear mi propia teoría.

Para el estudio del primer elemento del delito -elemento subjetivo-material, como yo le llamo-, desde el punto de vista de la teoría tradicional ha de utilizarse el pensamiento de los creadores y de los seguidores del "causalismo". Procederé a su análisis.

(A) LA TEORÍA TRADICIONAL.

Quiero aclarar que ninguno de los sistemas de Derecho Penal le ha dado al primero de los elementos del delito una denominación que sea aceptada en forma unánime por los autores. Más bien, cada quien lo ha nombrado como ha querido y existen hasta términos que son contradictorios con su esencia.

Los tratadistas tradicionales lo han llamado "acto", "acción", "acontecimiento", "acaecimiento", "mutación en el mundo exterior", "hecho", "conducta o hecho", "elemento objetivo", "elemento material", "elemento externo", "elemento físico" o bien "cuerpo del delito". (274)

Por tradición, cuando es estudiado el primogénito de los elementos del delito, en su aspecto positivo, no se trata en forma amplia a la voluntad; creo que en realidad no existe argumento alguno plenamente válido que nos sirva para justificar esta omisión, que casi es imperdonable.

A lo más que se ha llegado en la concepción tradicionalista es a intentar el análisis en el aspecto negativo de este elemento, de todas aquellas hipótesis en las cuales se ve anulada la voluntad del agente y aun en esto existen múltiples confusiones, en los diversos criterios doctrinales.

Tal vez porque se da por sobreentendido que la conducta presupone un acto de volición (al menos eso quiero creer), la teoría tradicional del delito, cuando estudia al primer elemento en su aspecto positivo, incluye nada más estos temas:

1. Formas de conducta.
2. Resultado.
3. Nexo de causalidad.
4. Clasificación del delito en orden a la conducta.
5. Clasificación del delito en orden al resultado.

Para el aspecto negativo (que también está formado, eso dicen, por elementos), se deja todas aquellas situaciones en las cuales no se ve involucrada la voluntad del agente y que anulan la conducta, sin que exista unanimidad de pareceres.

El marco conceptual de la teoría general de la conducta en la doctrina tradicional, podría quedar esquematizado de la siguiente manera:

ASPECTO POSITIVO	ASPECTO NEGATIVO
Formas de conducta. Resultado. Nexo causal. Clasificación del delito en orden a la conducta. Clasificación del delito en orden al resultado.	Fuerza física. Fuerza mayor. Sonambulismo. Sueño. Embriaguez del sueño. Estado post-hipnótico. Estado crepuscular-hipnico.

(274) Para documentarse sobre este tema, consúltese a FORTE PETIT. Programa de la Parte General de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, 1968.

(74) LAS FORMAS DE CONDUCTA.

Tenemos que la concepción tradicionalista de la ciencia jurídico-penal nos habla de que el primer elemento del delito --la conducta--, puede asumir dos formas diversas: Acción o actividad y omisión o inactividad. A la primera podemos entenderla como el movimiento voluntario del cuerpo humano y a la segunda como la abstención voluntaria de ese movimiento. (275)

De acuerdo con la concepción dogmática del delito, a la conducta se la ha obtenido del artículo 7º parte primera CPF y de sus correlativos en las leyes penales de los Estados, que definen del delito y del verbo rector del delito-tipo de que se trata en cada caso concreto; ellos nos dicen cuando la conducta es activa u oisiva.

JIMENEZ HUERTIA nos afirma: "La conducta puede asumir dos formas diversas: una positiva y una negativa; puede consistir en un hacer o en un no hacer. En el primer caso tenemos a la acción (acción en sentido estricto, llamada también acción positiva); en el segundo, a la omisión (llamada también acción negativa)". (276)

Como crítica al pensamiento de este autor, baste que diga que no considero que sea correcto utilizar el mismo término para aludir a dos aspectos diferentes de idéntico concepto. No existen la "acción positiva" y la "acción negativa"; en todo caso, serían "conducta positiva" y "conducta negativa".

Vamos a ver que el vocablo "conducta" hace las veces de género y tiene dos especies, que son la acción y la omisión y que estos resultan ser los términos adecuados para denominar al movimiento y a la abstención, respectivamente, que cuando se realizan con voluntad dan lugar a la conducta.

A la acción podemos entenderla como el movimiento de cualesquier de los músculos del sujeto, según ANTOLEISEI (277) Para BELING, es un movimiento corporal voluntario, consistente en un hacer (acción positiva); esto es, un movimiento corporal. (278)

PAVON VASCONCELOS nos explica: "Para los que estiman la acción con un contenido lato, ésta constituye tanto el movimiento corporal, representado en su fase externa por el dominio del cuerpo a través de la voluntad, como el no hacer o inactividad (omisión)". (279)

Por acción entiendo al movimiento de cualesquiera de las partes del cuerpo humano, desplegado en forma voluntaria o intensional, que puede producir un resultado típico jurídico y/o material o extratípico (material), violando una norma prohibitiva del catálogo penal.

Dentro de la doctrina tradicional se marca como elementos de la acción a los siguientes: La voluntad o el querer, la actividad y el deber jurídico de obrar. (280) FERRERA SAMA, VON LISZT y JIMENEZ DE ASUA dijeron que eran estos: La manifestación de la voluntad, el resultado y el nexo de causalidad. (281)

(275) Erróneamente se ha considerado que el primer elemento del delito se llama acción y no conducta, olvidándose que la acción es nada más una de las formas de conducta. JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., p. 210.

(276) JIMENEZ HUERTIA. *Panorama del Delito*, p. 9. Imprenta Universitaria. México, 1950.

(277) ANTOLEISEI. *Manuale di Diritto Penale* p. 153. Milán, 1955.

(278) BELING. *Esquema de Derecho Penal*, pp. 19-20. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1944.

(279) PAVON VASCONCELOS. *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General*, p. 171. Editorial Porrúa, S. A. México, 1974.

(280) PORTE PETIT. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. p. 302. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(281) FERRER SAMA. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. p. 7. Murcia, 1946.

VON LISZT. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. p. 285. Madrid, 1927.
JIMENEZ DE ASUA. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. p. 294. Editorial Losada, S. A. Buenos Aires, 1957.

Sean cuales fueren los elementos de la acción que pudieran llegar a manejarse, noto que la manifestación de la voluntad es común en todas las opiniones ya que, en el caso contrario, habría una hipótesis de ausencia de conducta y con ella se daría la imposibilidad de llegar a la integración del delito en el mundo jurídico.

La omisión se bifurca en propia e impropia. Se entiende que estamos en presencia de la omisión propia, cuando el tipo se colma con la realización de una conducta puramente omisiva y se da la omisión impropia cuando se considera el resultado material que es ayudado a producir o no es evitado, con la abstención del movimiento.

JIMENEZ DE ASUA explica la omisión en general, en las siguientes líneas: "Manifestación de voluntad que por no hacer lo que se espera, deja sin mudanza al mundo externo, cuya modificación se aguarda". (282)

PAVON VASCONCELOS nos dice: "Frente a la acción como conducta positiva (implica (motivada) del cuerpo traducida en actividad típica voluntaria), encontramos a la omisión, forma de conducta negativa o inacción, consistente en el no hacer, en la inactividad voluntaria frente al deber de obrar consignado en la norma penal". (283)

PORTE PETIT escribe: "La omisión simple consiste en un no hacer voluntario o involuntario (culpa), violando una norma prescriptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un tipo de (mandamiento) o (imposición)". (284) A la omisión impropia este mismo autor la define en los siguientes términos: "Existe un delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o involuntario (culpa), violando una norma prescriptiva (penal) o de otra rama del Derecho) y una norma prohibitiva". (285)

MARQUEZ PIRENO apunta: "La omisión, puesto que corresponde a una norma imperativa (legal), es el no hacer un movimiento corporal esperado que debía producir un cambio en el mundo exterior, que por inacción quedó inerte. Junto a esta simple omisión se halla la omisión por omisión; en efecto, los delitos de omisión por omisión consisten en lograr que se produzca un resultado omitiendo la acción esperada". (286)

Entiendo que la omisión propia es la inactividad voluntaria e intensional que produce un resultado típico jurídico o extrajurídico (material), violando una norma prescriptiva contenida en un catálogo legal, de la cual deriva un deber de obrar conforme a lo que manda la misma.

En cambio a la omisión impropia la considero como la inactividad voluntaria e intensional que ayuda a producir o no evita un resultado típico jurídico y material o extratípico (material), violando a la vez una norma prohibitiva y otra prescriptiva, con un doble deber de obrar y de abstenerse.

Se ha manejado como elementos de la omisión propia a la voluntad o no voluntad (culpa), a la inactividad o el no hacer, al deber jurídico de obrar y al resultado típico. (287) Para los de la omisión impropia tenemos: Voluntad o no voluntad (culpa), deber jurídico de obrar y de abstenerse y al resultado típico y material. (288)

Aquí cabe que haga la aclaración de que siempre la inactividad debe tener un carácter voluntario; la otra hipótesis daría lugar a una ausencia de conducta y a la negación del delito en el mundo jurídico. Lo involuntario de la culpa debe hacer referencia al resultado material únicamente.

En todo caso, si queremos hacer mención de la "no voluntad" como uno de los elementos de la inactividad, solamente deberíamos hacerlo en la omisión impropia y referido en forma exclusiva a la provocación del resultado material.

(282) JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., p. 210.

(283) PAVON VASCONCELOS. Op. cit., pp. 173/4.

(284) PORTE PETIT. Op. cit., pp. 305/6.

(285) IDEM. p. 311.

(286) MARQUEZ PIRENO. Derecho Penal. Parte General, p. 164. Editorial Trillas, S. A. México, 1966.

(287) PORTE PETIT. Op. cit., p. 207.

(288) IDEM. p. 312.

PAVON VASCONCELOS conviene en lo siguiente: "Con relación a los elementos que integran a la omisión, se habla de: a) Voluntad, b) Conducta inactiva o inactividad y c) Deber jurídico de obrar, aunque este último no es propiamente (un elemento), por pertenecer a la teoría de la antijuridicidad como con acierto afirma MEZGER". (289)

Autores como FORIE PETIT y JIMÉNEZ DE ASUA hablan de la existencia de un deber jurídico de obrar y de abstenerse, entre los elementos que integran a la conducta, y no como uno de los componentes de otro de los elementos del delito, que debe ser la antijuridicidad, en opinión de MEZGER.

Considero que en efecto, el deber jurídico pertenece a los elementos que conforman la antijuridicidad, como lo explicaré a su debido tiempo, (290) mas también hago hincapié en él cuando estudio los elementos de la conducta, ya que considero que es muy importante asentar su relación.

Se suele estudiar en este apartado las formas de realización de la conducta, así como el lugar y el tiempo en que ésta ocurre; con una evidente contradicción en este último tema, al asentar que se trata del lugar y del tiempo en que es consumado el delito. (291)

En la hipótesis de realización de la conducta, se ha dicho que ésta puede ser ejecutada por un solo sujeto; parcialmente por él y en parte por el ofendido, los animales o la naturaleza; por un individuo determinado al delito o bien por dos o más agentes activos. (292)

Por cuanto hace al lugar y al tiempo de consumada la conducta (el delito, dirían los tradicionalistas), que nos resuelven interesantes problemas en la relación procesal penal como lo son la competencia, el ámbito de validez temporal y espacial de la ley, serán analizados en detalle.

(75) EL RESULTADO.

Si el tipo se define cuando el comportamiento humano voluntario e intencional activo u omisivo incide en el mundo del deber ser, da lugar a un delito de mera conducta o formal, provocando un resultado de naturaleza puramente jurídica. Es decir, con una simple violación a la norma.

Si además se exige que sea producido un resultado que altere al mundo del ser, natural o fáctico, se habla de un delito de resultado material o bien se dice que estamos en presencia de un hecho, porque la transgresión al postulado normativo es completada con una lesión de naturaleza material.

Es así el hecho, la mutación jurídica y material que es producida por la conducta delictuosa. Cuando se provoca un hecho, jurídicamente hablando, se ven alterados tanto el mundo del ser (natural o fáctico), como el del deber ser (nonmatividad jurídico-penal).

Se dice que hay un delito de resultado (material), cuando se ocasiona un cambio en la realidad de hechos. ANIOLISEI indica que el resultado es el efecto natural de la conducta humana relevante para el Derecho Penal. (293)

Todas las conductas que realiza el ser humano tienen un efecto natural y éste incumbe al área de la represión cuando lesiona, pone en peligro, destruye o contravierte un valor jurídico que ella ampara, con el fin de que puedan aplicársele al autor las consecuencias que en sus postulados están previstas.

El resultado penalísticamente relevante, puede ser de naturaleza jurídica o jurídica y material (conducta y hecho, respectivamente). Esta posición no la defiende por terquedad; recuérdese que es de los "dogmas" que forman la ley de donde sale tal división, aunque no le guste a JIMÉNEZ DE ASUA.

(289) PAVON VASCONCELOS. Op. cit., p. 174/5.

(290) INFRA. Sección Segunda. Capítulo Tercero. Inciso (B). Número (150) La Existencia del Deber Ser.

(291) FORIE PETIT. Op. cit., JIMÉNEZ DE ASUA. Op. cit., JIMÉNEZ HUERTA Op. cit.

(292) INFRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (D). Número (99) Los Complementos para la Realización de la Conducta.

(293) ANIOLISEI. Op. cit., p. 157.

Las propias normas penales nos descubren que los delitos pueden ser realizados por una mera conducta --cuando el resultado de la acción u omisión incide nada más en el mundo jurídico--, o por un resultado material cuando a más de alterar al sector jurídico la conducta activa u omisiva incide en la realidad fáctica.

Un resultado jurídico se equipara a la sola transgresión de la norma jurídico-penal; esto es, que el marco de explicitación del delito-tipo considera solamente a la conducta para efectos de integrar el ente, sin que nos importe si el comportamiento altera o no a la realidad, más que para un concurso de delitos.

Como ejemplo de lo anterior podría poner al delito-tipo de incesto, cuya petición normativa es completada al momento en que han sido realizadas dos conductas homogéneas encaminadas hacia un mismo fin (copular con ascendientes, descendientes o hermanos), sin que se requiera algún otro resultado.

En cambio, el resultado típico material --hecho en sensu stricto-- exige dos momentos: La violación de la norma y el cambio que debe acontecer en el mundo exterior. El hecho contiene como elementos a la conducta, al resultado y al nexo causal, según dice FORTE PETIT. (294)

Aquí puedo dar el ejemplo del delito-tipo de homicidio, en el cual el resultado jurídico es la violación a la norma que lo describe y el material se constituye con la privación de la vida que, obviamente, es un efecto que altera a la realidad del ser y se da en el mundo exterior.

BATAGLINI ha dicho que el resultado es la modificación en el mundo exterior, producida por una acción positiva o negativa del sujeto agente. (295) A este autor se le olvidó que el resultado material incide tanto en el mundo jurídico como en el exterior y que, en todo caso, la definición que él nos da es de un hecho estricto.

Se presentan las siguientes clases de resultado típico:

A) Resultado típico jurídico: Se traduce en la pura transgresión a la norma jurídico-penal, al lesionar, poner en peligro, destruir o contravenir un derecho que en ella se encuentra tutelado. Bien se trate de un delito de mera conducta o de resultado material, la mutación jurídica siempre hará acto de presencia.

B) Resultado típico material: Es la interrupción que hace la conducta activa u omisiva en el mundo externo. Puede ser de carácter físico o anatómico, psíquico, fisiológico, económico o químico. En el mundo de la realidad de hechos se ve alterado.

Por tradición, los autores han dicho que puede llegar a existir un delito sin resultado; posición que resulta aberrante, habida cuenta de que toda infracción a una norma penal conlleva forzosamente un resultado. Sobre estas consideraciones, no puede concebirse la existencia de un delito sin resultado. (296)

Estimo que el cambio puede ser, de acuerdo con la ley penal, jurídico en puridad o jurídico y material. Es más, no hay conducta humana, aunque no se encuentre relacionada con las normas jurídico-penales, que pueda ser independiente de un resultado. Cuando el hombre se propone un fin, está implicado un resultado.

FORTE PETIT reafirma este pensamiento, al decir: "Entendido así, nadie puede negar la verdad del principio de que no hay delito sin resultado jurídico, ya se trate de un delito que tiene un resultado jurídico únicamente o jurídico y material". (297)

(294) FORTE PETIT. Op. cit., p. 326.

(295) BATAGLINI. *Diritto Penale*. pp. 170/1, Padova, 1949.

(296) Sobre esto se habla del delito de sospecha, posición o de comportamiento o bien, sin conducta. *INFRA*. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (B). Número (87) *La Clasificación del Delito en Razón de sus Formas de Manifestación*.

(76) EL NEXO CAUSAL.

Entre la conducta y el resultado material --según el concepto de los tradicionalistas--, debe existir una relación de causa a efecto, de índole naturalística. Tanto en la acción como en la omisión, la conducta debe ser la causa que produzca el efecto: El resultado material.

FORTE PETIT comenta: "La conducta puede producir un cambio en el mundo exterior: Físico, fisiológico, anatómico o psíquico, o sea material, y entre la conducta y el resultado material se requiere de una relación causal, para que aquél le sea atribuible al sujeto". (298)

El tema de la relación causal ha producido grandes polémicas, tanto en la doctrina como en las legislaciones. Es lógico que la ley haya tomado algunas de sus bases de la doctrina y que si en ésta hay controversias, su sentir se vea reflejado en las normas jurídicas.

Los códigos penales de tradición regulan al nexo causal únicamente en el delito-tipo de homicidio, referido a las lesiones mortales. En sentido contrario, se estima que los ordenamientos modernos deben estipular el nexo causal en la parte general, para que pueda regir para todos los delitos.

La doctrina considera que esta vinculación se da solamente en los delitos de resultado material y también, con evidente desacuerdo, dicen que las conductas delictuosas cometidas mediante acción son las únicas que pueden poseer tal unión y esto es, porque les atribuyen un carácter naturalístico nada más. (299)

Para negar la relación de causa a efecto (nexo causal tradicional) en la omisión, algunos juspenalistas han dicho que "de la nada, nada puede nacer". (300)

Cuando explique mi pensamiento acerca de la relación que puede existir entre la conducta y el resultado (que no solamente es causal o naturalística), diré que esta unión se da en todos los delitos, aplicando aquel principio que indica que "a toda causa debe seguirla necesariamente un efecto". (301)

Por lo pronto, expresaré que existe el nexo causal cuando, en virtud de una acción u omisión, se da determinado resultado. Esa relación no surge cuando, al suprimir la conducta idónea, no se da el resultado (en la acción) o cuando al quitar la conducta ideal, subsiste el resultado (en la omisión).

(77) LA CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN A LA CONDUCTA.

Debido a que la clasificación del delito en orden a la conducta y al resultado que es manejada en la concepción tradicionalista es la base de mi pensamiento, tan sólo me limitaré a enunciarlas, para evitar la tautología y en otro subtema daré las explicaciones pertinentes.

- a) Delitos de acción.
- b) Delitos de omisión.
- c) Delitos de omisión mediante acción.
- d) Delitos mixtos.
- e) Delitos de sospecha.
- f) Delitos de omisión de resultado.
- g) Delitos dobles.
- h) Delitos unisubsistentes.
- i) Delitos plurisubsistentes.
- j) Delitos complejos.
- k) Delitos habituales.

(297) FORTE PETIT. Op. cit., p. 238.

(298) FORTE PETIT. Op. cit., p. 238.

(299) Solamente se trata al nexo causal en la acción, siempre referido a los delitos de resultado material. Cfr. JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., pp. 221 y ss. FORTE PETIT. Op. cit., pp. 335 y ss.

(300) VON LISZT dice que la controversia sobre el nexo causal en la omisión es la más infructuosa del Derecho Penal. Op. cit., p. 305.

(301) INFERA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (B). Número (96). La Relación entre la Conducta y el Resultado.

(78) LA CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL RESULTADO.

- a) Delitos de mera conducta.
- b) Delitos de resultado material.
- c) Delitos instantáneos.
- d) Delitos de resultado cortado.
- e) Delitos permanentes.
- f) Delitos instantáneos con efectos permanentes.
- g) Delitos eventualmente permanentes.
- h) Delitos alternativamente permanentes.
- i) Delitos necesariamente permanentes.

(79) LA AUSENCIA DE CONDUCTA.

En términos generales, diré que existe una hipótesis de ausencia de conducta en todos aquellos casos en los que la actividad o inactividad del agente están calificadas por la involuntariedad. Es decir, que por cualquier causa el comportamiento presumiblemente delictivo no ha quedado integrado con un proceso volitivo.

Entre tanta confusión como causan los postulados tradicionalistas de la teoría del delito, son señalados en este apartado supuestos que en puridad son esencia de conducta, y otros que pueden constituir una causa de inimputabilidad o bien de inculpabilidad. (302)

El problema es originado por la absurda "razón" de que en esta corriente se acepta que son tres los elementos del delito en los cuales concurre la voluntad, a saber: a) La conducta. b) La imputabilidad. c) La culpabilidad. (303)

Se menciona, entre otras, a las siguientes causas que originan una ausencia de conducta:

1. Fuerza física irresistible (vis absoluta).
2. Fuerza moral (vis compulsiva).
3. Fuerza mayor (vis maior).
4. Movimientos reflejos.
5. Movimientos instintivos.
6. Sueño.
7. Embriaguez del sueño.
8. Somnambulismo.
9. Estado crepuscular-hípnico (que es propio del sueño), etc.

Más adelante haré el estudio de cada una de las anteriores hipótesis, colocándolas en el lugar en el cual considero que deben ser ubicadas y aclarando a cuál de los elementos que integran al delito en el mundo jurídico, es al que tienen el poder de anular, para dar por resultado la inexistencia jurídica del ente.

(80) CONSIDERACIONES CRITICAS.

La tradicional estructura del delito, con bases eminentemente causalistas, había sido delineada con algunos elementos extrajurídicos; por este motivo, incurrió en diversas fallas, que le han ido dando un sentido huerístico. Voy a mencionar los que considero que son algunos de sus errores:

I. En primer lugar no logra darle al primigenio de los elementos del delito una denominación acertada, que haya sido del agrado de la mayoría de los juspenalistas.

(302) Cfr. JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., 220. PORTE PETIT. Op. cit., pp. 450 y ss.

(303) Se dice que la conducta debe ser voluntaria; que la imputabilidad es la capacidad de querer (voluntad) y entender y que la culpabilidad, en su modalidad dolosa, es la voluntad de producir la conducta y el resultado, y en su modalidad culposa la voluntad de producir únicamente la conducta.

II. La conducta no encuentra una estructura clara en este pensamiento. No se especifica si ha de dársele la misma importancia al proceso volitivo que al producto de la causalidad, desde el punto de vista jurídico. Se requiere que la conducta sea voluntaria y que con ella sea producido un resultado normativo; empero, estos dos elementos no encuentran un sitio y un contenido propios. Si recordamos que a la conducta se la consideró como un aspecto netamente objetivo, ¿cómo es que en ella se habla de la voluntad? y si lo subjetivo ha de ser valorado únicamente en la culpabilidad, ¿cómo es que el aspecto negativo de la conducta es la involuntariedad?

III. Si las anteriores aseveraciones fueran erróneas, ¿cómo es posible que en las valoraciones se entremezclen todos los elementos del delito?

IV. Si quisiéramos considerar esta postura, veríamos que son tres los elementos del delito en los que se habla de la voluntad, a saber: 1) En la conducta, como la manifestación de la voluntad humana. 2) En la imputabilidad, como la capacidad de querer (voluntad) y entender. 3) En la culpabilidad, como la voluntad dirigida a la realización de la conducta (culpa) o de la conducta y el resultado (dolo).

V. Con los postulados causalistas se llega sin remedio a la aberrante conclusión de que las hipótesis de ausencia de conducta pueden ser a la vez causas de inimputabilidad o de inculpabilidad. Hay quien afirma, por ejemplo, que la omisión es el no hacer voluntario o involuntario (culpa). Hay que recordar que si el hacer o el no hacer son involuntarios, hay ausencia de conducta y no culpa, como modalidad de la culpabilidad psicológica.

VI. Se habla además de una conducta voluntaria y en ella no se incluye a la consciencia, ya que es considerada como uno de los elementos del dolo (culpabilidad psicológica o normativa), o como uno de los componentes de la imputabilidad (capacidad de querer y entender).

VII. Creo que la conducta completa necesariamente debe contar con la intervención del querer y el entender, entre sus elementos constitutivos; si no, no podremos hablar de la voluntad consciente como productora del delito.

VIII. Se piensa que la conducta puede quedar alejada de la finalidad y únicamente se atiene para calificarla al factor causal, lo cual es inconcebible ya que el hombre no es solamente un juguete al arbitrio de la naturaleza sino que, al actuar, lo hace siempre con un determinado fin.

Para tratar de superar todos estos errores y absurdos en los que constantemente incurria la teoría tradicional, de corte netamente causalista, resurgió la doctrina finalística de la acción, que se encarga de unificar la finalidad con la voluntad. Según mi criterio, el finalismo dejó incompleta la estructura de la conducta y no trató de completarla al proceder a delinearla con otros componentes, que en la concepción tradicionalista se hallaban dispersos.

(B) MI TEORÍA.

Sostengo que para que una conducta pueda hacerse acreedora a las consecuencias que los catálogos de la normatividad jurídico-penal prevén en sus postulados, es menester que se trate de una "conducta completa", que no es sólo causalidad ni tampoco finalidad, como lo han sostenido.

La conducta no es nada más la manifestación de la voluntad humana (querer); de poco sirve el proceso volitivo, si el hombre que ha realizado la acción u omisión no previó además las consecuencias de su comportamiento y no puede entender la incidencia que tendrá en los mandos del ser y del deber ser.

Evidentemente, el proceso causalista entra en interacción con las manifestaciones de la voluntad mas no tiene primordial importancia, puesto que interesa más que fue lo que el hombre quiso o intentó llevar a cabo y de ello, que fue lo que logró.

Como podrá observarse en el transcurso de mi exposición, entre los componentes del primer elemento del delito --al que voy a llamar "elemento subjetivo-material"-- se encuentran comprendidos los tres componentes tradicionales en los cuales era incluida la voluntad, a saber: La conducta, la imputabilidad y la culpabilidad.

Vamos a ver que la conducta no puede quedar alejada del aspecto subjetivo ni del objetivo, porque ambos nos sirven para complementarla. Causalidad y finalidad deben quedar unidas en un solo elemento, ocupando así el lugar que desde siempre han tenido destinado y que por una u otra razón se les negó.

Es mi deber aclarar también, que la base de mi pensamiento lo es la teoría finalista de la acción. Debemos convenir en que nada nuevo estoy añadiéndole a la ciencia jurídico-penal; simplemente quiero que el delito tenga una estructura que resulte adecuada y trato de dársela.

Para que puedan entenderme, en un principio voy a exponer el análisis de la conducta (acción y omisión), desde las perspectivas causalista y finalista (tradicional y moderna), haciendo hincapié en sus aciertos y en sus fallas.

De allí que haya denominado a mi teoría "sincretismo penal" porque, como ya mencioné, he tomado lo que consideré más acertado de cada una de las posturas que analicé y nada nuevo he añadido a la ciencia jurídico-penal.

(81) EL CONCEPTO CAUSAL DE LA ACCION.

Con la intrusión de las ciencias mecánicas y naturales en el campo del Derecho Penal (ciencia jurídico-penal), la finalidad de la acción (que es más antigua), viene a ser substituida por la acción causalista (natural o social), a finales del siglo XIX.

Es bien cierto que el concepto causal de la acción no podía ni debía reinar por *omnia saecula saeculorum* en la ciencia jurídico-penal, debido principalmente a los múltiples e intrincados problemas que se presentaban y que en sus postulados no encontraban resolución.

La mayoría de los doctrinarios penales de todo el orbe no ha querido finiquitar el concepto de la acción causalista y en nuestro tiempo, ya tan evolucionado en todos los aspectos, se niegan a conceder que una conducta completa sólo puede quedar estructurada si se toma como punto de partida a la finalidad.

En la acción causalista se dio mayor importancia al proceso causal que se desarrollaba en el mundo exterior, que al contenido de la voluntad del sujeto que lo desencadenaba. Se les olvidó que sin el acto volitivo del hombre, el resultado no debía tener la mínima relevancia para el área penal.

WELZEL explica: "A fines del siglo pasado, bajo la influencia de las ciencias mecánicas, penetró en la ciencia del Derecho Penal esa teoría, que dividió a la acción en dos partes constitutivas distintas: El proceso causal exterior por un lado, y el contenido subjetivo de la voluntad por el otro". (304)

En el causalismo se hablaba, es más aún se habla, de una acción carente de todo matiz subjetivo, con tintes puramente causales. Se les ha olvidado que si la acción adquiere relevancia para ser punida cuando es voluntaria, es imprescindible que se coloree con lo subjetivo (intención y finalidad). (305)

En la tradicional concepción italiana del delito, causalista desde luego, nuestro ente jurídico estaba constituido únicamente por dos elementos: La conducta (aspecto objetivo puro) y la culpabilidad (aspecto subjetivo puro). (306)

(304) WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista, p. 24. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1951.

(305) Sobre el cronatismo y el acronatismo de la conducta, remito al lector a la Sección segunda, Capítulo primero. Inciso (D). Número (98) Las Cualidades de la conducta.

(306) La tesis de la defensa CARRARA y todos sus compatriotas la aceptaron; inclusive la legislación italiana habló de dos elementos del delito. En la conducta únicamente era analizado lo objetivo, dejándose para la culpabilidad todo aquello que fuera subjetivo.

En este pensamiento la acción (conducta), no es sino un proceso netamente causal derivado de la voluntad del autor, sin detenerse a considerar si ha querido la conducta y el resultado (dolo) o solamente la conducta (culpa); esto se valorará hasta el momento de la culpabilidad.

WEIZEL expone: "Según esta teoría, el contenido de la voluntad es solamente el reflejo subjetivo del acontecer exterior de la pequis del autor". (307) Pese a que se requería que la conducta fuese voluntaria, el contenido de la voluntad (acto volitivo), era considerado hasta el momento en que debía ser valorada la culpabilidad.

Si el querer (volición) era dirigido a la conducta y al resultado, había imputación del delito a título de dolo; cuando solamente se invocaba a la conducta, la imputación del comportamiento delictuoso era hecha por la autoridad judicial a título de culpa resultando que el querer más bien debía ser ubicado en la culpabilidad.

Dentro de esta corriente desquella de CARRARA quien, al proceder a dar las explicaciones sobre su teoría de las fuerzas, relacionada con la culpabilidad, trataba de unificar el elemento objetivo del delito con lo subjetivo, sin llegar a decirnos cómo era que se daba esa relación. (308)

Quiérase o no, en las explicaciones de CARRARA nos encontramos con un levisimo matiz de finalismo habida cuenta de que la relación que pudiera darse entre los elementos objetivo y subjetivo del delito, solamente podría ser obtenida a través de la finalidad, relacionándolos con las metas que se había propuesto el individuo.

Posteriormente, el ilustre maestro de Pisa deja entrever en su pensamiento la necesidad de relacionar la conducta con la norma, y así le afade una característica más al delito: La antijuridicidad. Nos dice que en un aspecto de evidente contradicción, la conducta del individuo transgrede la norma penal. (309)

La antijuridicidad será considerada como la contradicción a las normas jurídicas. Con ello cambia la tradicional estructura del delito en Italia y se habla ya de que el ente jurídico posee una concepción triédrica: Conducta, antijuridicidad y culpabilidad. Así, la antijuridicidad parece ser objetiva y subjetiva.

Sin embargo, la conducta sigue teniendo un matiz evidentemente objetivo, que todavía está muy alejado del aspecto subjetivo o culpabilidad. Parece ser que ahora ya habría dos valoraciones objetivas y dos subjetivas: Conducta y antijuridicidad y, antijuridicidad y culpabilidad.

La concepción causalista de la conducta (acción) tiene dos polos: En uno tenemos al concepto natural y en el otro al social. Desde cualesquiera de estas dos perspectivas que se la mire, la acción se encuentra íntimamente relacionada con el acontecer causal exterior; es decir, predomina el daño material.

Por acción causal social deberemos entender, según esta tendencia, aquella que ocasiona un resultado socialmente relevante, o sea un daño material de carácter social; concepción que está de acuerdo con las posturas de la Escuela Positiva Italiana del Derecho Penal. (310)

(307) WEIZEL. Op. cit., p. 24.

(308) CARRARA. Citado por NUÑEZ. Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad de GOLDSCHMID

(309) CARRARA. Citado por PETROCELLI. La Antijuridicidad. p. 12. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1963.

(310) La Escuela Positiva Italiana del Derecho Penal habló de la responsabilidad social y dentro de una de sus corrientes dice que el delito es producto de los factores sociales. SUPRA. Sección Preliminar. La Introducción. Inciso (D). El Delito. Número (24). Las Escuelas Penales y el Delito.

MAURACH asienta: "Desde el punto de vista jurídico-penal, es la causación de un resultado típico. Así, la acción es idéntica a la causación del resultado, con un puro factor de causalidad. Lo que efectivamente quiere el agente mediante su hacer, es decir la dirección de su voluntad, el fin que persigue con su acción, todo ello tampoco interesa en lo que se refiere al concepto social de la acción. Basta con que el agente haya querido (una cosa cualquiera), la cuestión de que ha querido está excluida del concepto de acción". (311)

Lo que nos explica MAURACH no repercute en el concepto de la acción sino que, pasa a ser estudiado en la estructura de la culpabilidad. Erróneamente se piensa que el elemento subjetivo del delito tiene que permanecer alejado de la conducta y se le incluye en la culpabilidad, en donde quedan englobados el dolo y la culpa.

La acción causal social reconoce que, en efecto, la única forma de integrar al delito lo es con base en la conducta humana, la cual no debe ser definida tan sólo atendiendo al aspecto naturalístico. Todo matiz natural es extraño al ámbito del Derecho Penal y la acción se encuentra inmersa en su campo.

Si la acción produce un cambio en el mundo de la realidad de hechos, carece de importancia para el Derecho Penal puesto que solamente cuando altere el campo de lo jurídico, la adquirirá. La acción que es relevante en la sociedad no está determinada por factores naturales, sino por las peticiones contenidas en las normas.

También la acción causal natural excluye al contenido de la voluntad de los elementos que integran la conducta; esto solamente puede ser ubicado en el contenido de la voluntad. La acción es el puro efecto causalista natural de la voluntad; lo subjetivo es asunto diverso.

WEIZEL sintetiza: "Este concepto objetivo causal de la acción ha constituido el fundamento del sistema del Derecho Penal. Antijuridicidad y culpabilidad fueron distribuidas en el efecto subjetivo de la voluntad. La antijuridicidad se refiere a la relación psíquica del autor con el resultado. Así pareció haberse alcanzado una estructura clara del Derecho Penal. La antijuridicidad y culpabilidad se diferenciaron respectivamente como la parte objetiva y subjetiva del delito. El desarrollo ulterior de la dogmática penal ha demostrado que estas apariencias han engañado". (312)

Los psicólogos adoptaron esta teoría para darnos su construcción del delito, dejando para la conducta el aspecto objetivo y para la culpabilidad --la cual era el aspecto subjetivo--, aceptaron tres formas: Dolo, culpa y preterintencionalidad (algunos autores sólo consideraron a las dos primeras), dejándola con un contenido muy limitado.

Los normativistas causalistas también la siguen; a la culpabilidad tratan de completarla dándole un significado de "reprochabilidad". En un juicio jurídico de valoración objetiva, habría de valorarse lo subjetivo (culpabilidad). A pesar de todo, no llegaron a superar los errores en los que habían incurrido los psicólogos.

Era muy obvio que si el Derecho Penal había adoptado una teoría que no encuadraba con su esencia, ésta tendería a la desaparición. Cuando surge el concepto de la acción finalista trata de esclayarse esta terrible situación problemática, al unificar la intención con la voluntad, dejando para la culpabilidad, simplemente, el reproche.

Con el finalismo se abre un panorama más amplio, para dar estructuras más acordes con la concepción jurídica del ilícito penal que lógicamente debe ser la que más valga, porque el delito es un ente derivado del sistema jurídico, aunque también se haya convertido en un problema social.

(311) MAURACH. Tres Conferencias. Universidad del Externo de Colombia. 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1985. Conferencia. Bogotá.

(312) WEIZEL. Op. cit., p. 25.

(82) LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN.

Una vez superadas las terribles luchas de las escuelas Clásica y Positiva del Derecho Penal sobre sus fines y los de la pena, surge en la doctrina una nueva y más interesante contienda en torno a la estructura de la conducta la que, sin remedio, afectó a toda la construcción del delito.

El problema es iniciado alrededor de la conducta (acción) y de la culpabilidad; el resultado invariablemente tendría que incidir en toda la constitución de nuestro ente jurídico. Con la nueva teoría cambia el contenido de todos los elementos que integran al delito y, al mismo tiempo, su concepción.

ISLAS y RAMIREZ comenta con respecto al finalismo, lo siguiente: "La teoría finalista ha venido a modificar el sistema del delito, elaborado por los autores causalistas. La nueva tesis representa no una simple afinación de los detalles de la teoría del delito, sino un cambio radical en su estructura. Ello dio lugar a un replanteamiento de conceptos". (313)

Principalmente el problema es desarrollado en la doctrina penal alemana que, sin proponérselo siquiera, ha guiado a la ciencia jurídico-penal del mundo entero en las últimas décadas. Quiérase o no, la mayor parte de los países ha seguido muy de cerca estos nuevos postulados doctrinales.

Así, nos encontramos con dos corrientes primordiales: La de aquellos que sostienen el concepto clásico de la acción, al cual también suele denominársele "acción causal natural" o "acción causal social" y la de los que somos partidarios de la acción finalista, dando lugar a sendos sistemas de Derecho Penal".

En Alemania propugnan el concepto de la finalidad para la acción, primeramente, VON LISZT, GRAF ZU DOLIN y H. MAYER. Les siguen la ruta WELZEL, NIESSE, BUSCH, KAUFMANN, STREITENWERTH y MAURACH, entre otros. GALLAS y BOCKELMANN, sin conceder, aceptan las consecuencias dogmáticas que han de surgir con la nueva teoría.

Aún con todo esto la judicatura alemana acogió con beneplácito el concepto de la acción finalista, casi en su totalidad, sobre todo en la estructura del dolo, del error y de las consecuencias que tienen en las cuestiones de la autoría y de la participación.

En México, desafortunadamente los postulados de la teoría finalista de la acción no han sido bien recibidos; en la jurisprudencia acepta solamente los tópicos que inciden en la culpabilidad, casi siempre referidos a la "no exigibilidad" que, en buena parte, son semejantes a las prescripciones normativo-causalistas.

Las legislaciones de nuestro país no la acogen de buen grado; si no tienen una regulación acorde con los principios causalistas, ¿cómo van a recibir en su estructura al finalismo? La doctrina, en casi treinta y ocho años de haber resurgido, no ha logrado comprender la posición finalista y no se dedica a su análisis completo.

Al concepto final de la acción se lo hace descansar en dos raíces fundamentales para su estructura, éstas son:

A) Base filosófica-psicológica, que en forma abierta crítica al concepto causalista natural o social de la acción. Acepta todo lo que pueda decirse de la acción causal; empero, une la manifestación de la voluntad a la finalidad.

B) Base dogmática jurídico-penal, que es desarrollada tomando como su sostén a la teoría del delito-tipo formulada por BELING. (314)

(313) ISLAS y RAMIREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal. Revista de Derecho Penal Contemporáneo.

(314) BELING. El Rector de los Tipos de Delito. Editorial Reus. Madrid, 1936. Esquema de Derecho Penal. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1944. Ver también el desarrollo del capítulo segundo de esta misma sección.

El mérito de reestructurar a la teoría de la acción finalista y adecuarla a la doctrina general del delito le es atribuido a WEIZEL, en Alemania; se opone abiertamente al dogma de la causalidad. En México, MORENO e ISLAS y RAMÍREZ han aceptado en su pensamiento algunas de las bases de la finalidad, aunque no las expliquen ampliamente.

Los dos últimos autores estructuran lo que han llamado "el modelo lógico del Derecho Penal", con base en los nuevos planteamientos que se nos presentan en la doctrina de la acción finalista.

Mi posición se traduce en reestructurar en forma íntegra la tradicional teoría del delito que impera en México y, desde luego, en valgo de la postura finalista. Ya es tiempo de que los viejos autores con ideas arcaicas, que no han querido dedicarse a estudiar el nuevo pensamiento, den paso a otras ideas que refresquen a la doctrina.

Sobre la base de la finalidad, la teoría en estudio niega que la acción jurídicamente relevante en el área de lo penal sea tan sólo "la causalidad de un resultado antijurídico", sustentada en los principios de la pura causalidad y muy alejada de los fines que se propuso el autor.

MAURACH dijo: "Con ello se llegó a diferenciar entre tipos preponderantemente causales y hechos punibles en su mayoría finales es decir caracterizados por los fines del agente". (315) Causalismo y finalismo se complementan, adquiriendo preponderancia la finalidad del autor.

Ahora ya no puede ser concebida una conducta que sea desplegada sin que encuentre su basamento en la finalidad. Desde que el hombre se decide a desplegar la acción o a omitirla, ya lo hace con cierto fin. Para todos ha quedado muy en firme que la conducta (acción) es la actividad finalística humana.

Esta finalidad descansa sobre la base de que el ser humano, cuando conoce el rumbo de la causalidad, puede prever hasta en cierto grado los efectos de su acción (conducta) y encauzarla hacia una meta determinada. Las leyes de la causalidad pueden ser controladas por el deseo del individuo, hasta ciertos límites.

Cuando se habla del dolo se dice que todas las personas (capaces e incapaces) tienen posibilidades de realizar acciones dolosas, y así se acaba de tajo con aquel absurdo que por años fue sostenido de que los inimputables y los niños eran incapaces de actuar en forma dolosa (que no tenían capacidad de querer).

El dolo es la voluntad de acción u omisión y existe de manera potencial en todos los seres humanos; inclusive los inimputables y los niños tienen la posibilidad de realizar acciones dolosas, porque poseen capacidad de querer. Entonces, en primera instancia, son capaces de cometer delitos.

Esa voluntad de acción siempre se manifiesta dirigida a un fin. La manifestación de la voluntad es igual al dolo. Quien es capaz de externar actos volitivos, también tiene capacidad para darle cierto matiz doloso a su conducta. El dolo es parte de la acción y de los elementos típicos.

Así se rompe de una vez y para siempre con la engañosa afirmación de que los inimputables (personas con padecimientos mentales permanentes) y los niños carecían de capacidad de querer, lo cual fue sostenido por tradición y sin reflexionar, de acuerdo con los postulados de quienes se afilian a la postura causalista.

Ahora todas las personas están en posibilidad de querer, o sea, que tienen plena capacidad para realizar conductas voluntarias, matizadas con dolo. Entonces, la potencia del querer puede ser transformada en acciones y omisiones dolosas o culposas (también preterintencionales para quienes acepten esta tercera forma de intención).

Con el tipo de delito se intenta proteger a la descripción de lo que con anterioridad había sido considerado como las formas de la culpabilidad (en el psicologismo). En los elementos subjetivos de la descripción típica suele hablarse del dolo y de la culpa.

MAURACH concluye: "Dirigiendo finalmente, causando causalmente, el autor consigue el resultado comprendido por su dolo: Se produce la muerte (el delito está consumado, el tipo está cumplido)". (316)

Para la acción se dan tres elementos, que son los siguientes: La voluntad o el querer, la manifestación de la voluntad o el intentar y el resultado o la ejecución, lo cual debe cumplirse tanto en el delito doloso como en el culposo, con los matices que lógicamente, los diferencian.

La voluntad finalista comprende: a) Los objetivos o fines. b) Los medios empleados. c) Las consecuencias secundarias que van vinculadas al empleo de esos medios (curso de delitos). La voluntad finalista abarca las consecuencias secundarias, que se producirán necesariamente al realizar ese objetivo y las que, para alcanzarlo, se requiere producir.

Así la acción finalista es la construcción dividida y objetiva del acontecimiento, en el cual el objetivo es solamente una de sus partes, al lado de los medios que han sido puestos en movimiento y las consecuencias secundarias que están vinculadas con ello.

La acción es finalista por cuanto hace al resultado propuesto por la voluntad de concreción y en lo que respecta a los resultados que no se propuso el hombre es solamente causal. **WELZEL**, nos dice que no hay acciones finalistas en sí, sino que siempre se darán en relación estrecha con las consecuencias propuestas por la voluntad de concreción. (317)

Vamos a observar que el concepto de la acción finalista no es de factura reciente, que haya adquirido un repentino auge, es algo que ya suena muy distinto y que es digno de las mayores alabanzas. La postura arranca de la **ÉTICA A NICOMACO**, con **ARISTÓTELES** (384-322 a. C.), en donde por vez primera es expuesta la estructura de la acción con base en la finalidad.

Durante la Edad Media su más ferviente seguidor fue **SANTO TOMÁS DE AQUINO** (1225-1274) y finalizó con **HEGEL** (1770-1871). Para el siglo XIX la acción pierde su concepción finalista y se la mira como un proceso causal exterior, cuando las ciencias mecánicas y naturales irrumpen en el campo del Derecho Penal.

Afortunadamente ya para el siglo XX, aproximadamente en los años 50s, la teoría de la acción finalista recobra su brillo con **WELZEL**, quien se toma el encargo de buscarle las bases necesarias para adecuarla a la teoría del delito despertando lógicamente, algunas críticas a favor y muchas en contra.

WELZEL propugna lo siguiente: "La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es por lo tanto un conocimiento finalista y no solamente causal. La finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre las bases de su conocimiento causal, puede prever en determinadas escalas las consecuencias posibles de una actividad, prepararse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la consecución de esos objetivos". (318)

Es congruente decir que la conducta final humana para ser completa, requiere de la previsión o no previsión, del querer y del entender (voluntad consciente de los capaces), de la intención, de los propósitos y de los resultados, además de un nexo de causa a efecto entre ambos.

Diferente supuesto es el de las personas que están afectadas en su capacidad de comprender la ilicitud de la conducta que realizan y lógicamente conducirse de acuerdo con esa comprensión, puesto que ellas actúan con una voluntad simple, (319) cuyos efectos también son punibles.

(316) MAURACH. Op. cit.

(317) WELZEL. Op. cit., p. 22

(318) WELZEL. Op. cit., pp. 18/9.

(319) INFRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (B). Número (89).

MAURACH expone: "Finalidad y causalidad se distinguen en la forma siguiente: La causalidad es el producto de una serie metódica, cuyas relaciones exigen una aclaración posterior; la finalidad en cambio, precisamente porque conoce las leyes de la causalidad, evalúa por un cálculo aproximado ese conocimiento: Interpone de modo final aquellos medios cuya aplicación conducirá al suceso causal. Dice **Welzel**: Causalidad es producir ciego, finalidad, producir vidente". (320)

En la conducta finalista adquiere gran relevancia el resultado que se ha de producir con la acción u omisión; aun en los delitos que son ejecutados culpablemente, el resultado que se realiza y no se quiso, aunque no sea uno de los elementos de la acción lo es del tipo de delito de que se trata en ese caso concreto.

Como se ha dicho, es motivo de la valoración jurídica del delito el resultado que se produce con la conducta humana, considerada en su forma integral. No basta con los propósitos y su consumación, a ellos deben serle sumados los logros y las consecuencias secundarias (para comprobar los casos del concurso de delitos).

WELZEL opinó: "La voluntad finalista de la acción o la voluntad de concreción, que abarca todas las consecuencias respecto a las cuales el autor conoce que están necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo y las quiere realizar por ello". (321) Los logros y las consecuencias secundarias son integrantes de la conducta.

El mismo autor concluye: "Sólo en relación con estas consecuencias de la acción comprendidas por la voluntad de concreción, hay un nexo finalista en la acción. Una acción es finalista solamente en los resultados propuestos por la voluntad; en lo referente a otros resultados no propuestos por la voluntad de concreción, es sólo causal". (322)

La dirección finalista de la voluntad atiende no únicamente al logro de los objetivos propuestos por la voluntad de concreción, sino también a los resultados que con su logro han de producirse y a los medios que sean elegidos para que su ejecución pueda ser llevada a cabo. Finalidad es el logro de los objetivos y todas sus consecuencias.

Lo entiendo así: Mi objetivo, por ejemplo, sería el de hacer un estudio exhaustivo sobre un objeto determinado; los medios serían la elección del tema, la recopilación de datos, el análisis, la síntesis, la inducción y la deducción; el resultado sería la aceptación de mi tesis y las consecuencias secundarias, que alguna persona la leyera, que se la publicase, etc.

Como diría el maestro **WELZEL**: "La dirección finalista de una actividad no es restringida sino, por el contrario, ayudada". (323) Así vemos que la finalidad no hace a un lado al producto de la causalidad sino que, es más, lo incluye en ella.

Concluyo que una actividad finalística, en sensu stricto, tiene un sentido ambivalente: Es finalista en relación con los resultados propuestos por la voluntad de concreción (voluntad que sólo puede tener el hombre) y si esa acción u omisión produce otros resultados secundarios, voluntarios o no, indudablemente es causal.

Finalizo con palabras del mismo **WELZEL**, quien dice: "La acción finalista es una construcción comprendida y dividida del acontecimiento, en el cual el objetivo es solamente una parte, al lado de los medios puestos en movimiento y las consecuencias secundarias vinculadas con ello". (324)

Voluntad finalista es: Objetivos planteados, medios empleados, fines conseguidos y consecuencias secundarias vinculadas indisolublemente a todo ello. Causalidad y finalidad se unen y complementan, para dar paso a un nuevo sistema de Derecho Penal.

(320) MAURACH. Op. cit.

(321) WELZEL. Op. cit., p. 21.

(322) WELZEL. Op. cit., p. 21.

(323) WELZEL. IDEM. p. 23.

(324) WELZEL. IDEM.

(83) CONSIDERACIONES CRITICAS.

En forma definitiva, la teoría causal de la acción debe expirar y llevarse con su último aliento todos aquellos errores y absurdos a los que condujo a la ciencia jurídico-penal, por las imprecisiones técnicas de su construcción, en un ilógico afán de igualar a las ciencias naturales.

Se abre un nuevo campo a todos los pensamientos que sean estructurados tomando como basamento a la teoría finalista de la acción. Por vez primera me alegro de que nuestra ciencia haya retrocedido en el tiempo, para retomar el concepto de la finalidad que es más acorde con las características de nuestra materia.

I. La constante evolución de la ciencia jurídico-penal nos hace reconocer que ya no debe hablarse de una "conducta completa" de relevancia penal, en tanto se haga referencia únicamente al aspecto causal, sea natural o social. La conducta que jurídicamente importa, resulta ser algo más que una simple mutación en el mundo de la realidad de hechos, y forzosamente debe ser estructurada sustentándola en la finalidad.

II. El hombre posee, aunque sólo sea en grado mínimo, voluntad de elección; no es solamente un títere al arbitrio de la naturaleza. Cuando el ser humano tiene un conocimiento, aunque sea relativo, del acontecer causal, es capaz de modificarle su rumbo. La voluntad es un desafío a la causalidad; cuando el individuo se propone realizar un acto volitivo tiene ya en sí mismo, la finalidad de regular el acontecer causal.

III. Como se ha podido observar, el pensamiento clásico no siempre es caduco; veamos el de los griegos (ARISTOTELES en este caso), que era correctísimo y aún tiene vigencia. No entiendo cual fue el motivo para que la ciencia jurídico-penal se haya dejado influir por la causalidad, ya que ésta solamente es válida para las ciencias mecánicas y naturales.

IV. Que digan lo que quieran los causalistas; empero, si la divinidad nunca se equivoca, no pudo haberlo hecho al dotar al hombre de voluntad y consciencia y por lo tanto posibilitarlo para superar muchos de los obstáculos que encuentre en su camino, para lograr sus fines.

V. La ciencia jurídica, como producto de la razón humana, elabora leyes y a diferencia de la causalidad puede quitarles vigencia en el momento en que así lo desea, por haber variado la necesidad que motivó su creación. Las leyes de lo jurídico son construidas, y no descubiertas como las de la causalidad.

VI. Aún con los beneficios que le reporta a la ciencia jurídico-penal el finalismo, no existe una estructura más o menos ideal para el delito; las que han sido elaboradas tienen una u otras fallas porque en ellas no se atiende a todos los aspectos debidos.

VII. En el causalismo no se delimita en forma absoluta cuáles son las características que conforman a cada uno de los elementos de nuestro ente jurídico, el delito. En el finalismo, por ejemplo, la atención está centrada en la acción y se olvida que la manifestación de la voluntad humana también puede tener un carácter omisivo, entre otras cosas. Yo quiero hablar ya no de una acción finalista, sino de una conducta estructurada con base en la finalidad.

VIII. El aspecto finalístico no puede quedar circunscrito solamente a la acción, debido a que ésta no es sino una de las formas de la conducta. Recuerdese que las manifestaciones de la voluntad pueden ser activas u omisivas.

IX. Por otro lado, en la concepción finalista sólo se hace hincapié en el dolo y se deja incompletos en su composición a los delitos cometidos por culpa y con preterintencionalidad.

X. Lo mismo sucede con los incapaces de comprender el carácter ilícito de su conducta y/o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, porque ahora sólo se dice que también pueden obrar dolosamente, pero ¿cuál debe ser el tratamiento procesal?, ¿El mismo de siempre?, ¿Conculcádoles sus derechos?

(84) EL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL.

Un tema muy debatido, que ha dado lugar a múltiples controversias tanto en su denominación como en el contenido, dentro del curso de la historia doctrinal de la teoría del delito, lo ha sido el de la conducta, que es reconocida como el primero de los elementos que integran al ente jurídico.

Que si es o no comportamiento humano, que si se la debe llamar conducta o hecho, que si se puede formar con uno o con varios actos, que si es causal o final, que si esto, que si lo otro, y hasta el momento no se ha llegado a delimitarse cuáles son los elementos constitutivos del motor del delito.

Las teorías que fueron dedicadas principalmente al estudio de la conducta y de la culpabilidad, jamás imaginaron la repercusión que tendrían en la teoría del delito, máxime en sus elementos subjetivo y objetivo.

No puedo pensar que se sea finalista, por ejemplo, y a la vez se diga que el primer elemento del delito tiene tan sólo un carácter objetivo; o que al dolo, a la culpa o a la preterintencionalidad se les considere simplemente como las formas o los elementos de la culpabilidad.

Adentrarnos en el estudio de la conducta como el primero de los elementos de nuestro ente jurídico-penal, sea desde la perspectiva causal o final, nos conduce a definir nuestros pensamientos y acogernos a los postulados de uno o de otro sistemas, según nos resuelva mayores problemas.

De tal manera el finalismo influye en la estructura del primero de los elementos del delito, que he pensado en darle una denominación nueva que vaya más acorde con su esencia y que es la de "elemento subjetivo-material", para que podamos hablar de una conducta completa.

Resulta innegable que no podríamos aludir a una conducta penalíticamente relevante, si sólo nos referimos a su aspecto externo y desechamos el contenido de la voluntad que integra al proceso volitivo, que se desarrolla en la mente humana momentos antes de realizar la conducta.

Esto me llevaría a la conclusión de que el delito es tan sólo una mutación en el mundo fáctico, y que la ciencia jurídico-penal y su catálogo de normatividad tienen como única función la de regular acontecimientos, sin detenerse a considerar si proceden de un acto natural, animal o humano.

Llegaríamos, sin remedio, a retroceder al absurdo principio de la responsabilidad por el resultado versari in re licita e illicita, que tanto trabajo le costó alejar a la ciencia jurídico-penal y que fue la causa de muchos errores y atropellos cometidos contra nuestros semejantes.

La producción de un resultado relevante para la relación procesal-penal, puede ser tan sólo el fruto de un comportamiento humano voluntario (conducta). Para que pueda hablarse de una conducta completa, le añadí otros componentes al elemento subjetivo-material o conducta.

Sostengo que el ente jurídico-penal es, en primer plano, la manifestación de la voluntad humana consciente (para las personas capaces), que comprende tres momentos básicos: La previsión de los efectos, el querer y el entendimiento, que cambian si se trata de una persona imposibilitada para comprender el carácter ilícito de su conducta.

El comportamiento humano, sin duda alguna, es la manifestación de la voluntad de concreción; mas este acto volitivo, siempre que se lo despliega, lleva ya en sí mismo una cierta intensidad (lo que hasta antes de mí fue llamado culpabilidad o intensidad), que es la intensidad del querer.

Unifico a la voluntad y la intensidad en un solo momento, el elemento subjetivo-material, ya que no encontré razones algunas que fueran válidas para separarlas. Actualmente considero que ya no es concebible que el acto volitivo pueda quedar separado de la intensidad de la voluntad.

No pongo en duda que la conducta, íntegramente considerada, haga que entron en juego la finalidad y la causalidad; mas cabe reconocer que la causalidad está sujeta al servicio de los fines del hombre, hasta ciertos límites. El ser humano puede cambiar el rumbo de la causalidad.

La parte causal de la conducta escapa en ocasiones de la previsión, de la evitación y hasta de la comprensión del agente; empero, la finalidad de la conducta entra en su previsión, evitación, comprensión y decisión, de cualquier manera, todo lo que pueda ligarse a su voluntad le será imputado.

Aunque se piense que el delito está determinado por factores de índole diversa, tenemos que aceptar que el hombre, cuando tiene conocimiento de esa influencia en su conducta y además encamina adecuadamente su voluntad y finalidad, puede llegar a evitar el delito y de esa manera romper con la causalidad.

Solamente cuando el ser humano reconoce que "quiere y puede", logra hacer o deja de hacer algo, dejar de lograr es dejar de querer y de poder. La voluntad del hombre se manifiesta a través de la decisión y del impulso del individuo, para regular el acontecer causal.

Un sujeto consciente tiene plena capacidad de querer, manifiesta su voluntad, puede prever y entender lo que ha producido. Querer significa proponerse un objetivo, seleccionando los medios que se considere adecuados para su consecución, y se puede comprender las consecuencias primarias y secundarias que serán producidas.

Desde luego, hay consecuencias que el hombre sí puede prever y evitar, a éstas se las nombraría "consecuencias secundarias finales"; en cambio, a aquellas que no puede preverse ni evitarse las denominaría "consecuencias secundarias causales" y serían regidas por las leyes de la naturaleza.

Aun dentro de esta última categoría, habrá algunos efectos secundarios que el ser humano pueda prever y evitar, y cuando no lo haga, teniendo el deber que le imponen las leyes jurídicas, dará lugar a la reprobación, al reproche del sistema, con la consecuente imposición de las sanciones penales.

El primigenio elemento del delito es algo más que un aspecto netamente objetivo: Tomando como base los postulados de la teoría finalista de la acción, unificó a los momentos objetivo y subjetivo del ente jurídico y así integró una conducta completa ya que no encontró razones plenas para la separación.

Dolo, culpa y preterintencionalidad, no son más que los grados de la intención que se puede dar a la manifestación de la voluntad (el querer). La acción y la omisión, van a ser las formas en que puede concretarse el comportamiento del hombre. Es diferente querer una conducta y darle una cierta intención a esa voluntad.

Para completar la conducta que puede ser productora de un delito se requiere, primeramente, que aparezca un resultado típico que, de acuerdo con la descripción del delito-tipo, puede ser de naturaleza puramente jurídica o jurídica y material, siempre conectado con los postulados de las normas.

En el estudio de los propósitos, logros y consecuencias secundarias causales o finales, entre la conducta y el resultado debe existir una relación de causa a efecto que no solamente será de origen naturalístico, también puede ser normativa, final, causal o material.

En realidad, me he preguntado, ¿Cómo es posible que se haya afirmado que puede existir una conducta completa, sin ubicar entre sus componentes al aspecto subjetivo? Lo interno es el motor que impulsa al sujeto a la realización de la conducta, y sin sus elementos no puede haber imputación de los resultados.

Aceptar que una conducta puede existir sin el momento subjetivo o interno, equivale a tanto como decir que un automóvil puede moverse por sí mismo, sin tener motor, o a pensar que ese motor puede ponerse en movimiento sin que intervenga la mano del hombre.

A una conducta integral únicamente se la puede concebir como el maridaje entre los elementos objetivo y subjetivo del delito. En el campo de lo objetivo incluyo a las formas de manifestación, que constituyen el aspecto externo de la conducta y el resultado que, por otra parte, está vinculado con lo interno (por la finalidad).

En el aspecto subjetivo voy a indicar todos los elementos que integran el acto de voluntad finalista el cual puede ser desplegado con cierta intención (dolosa, culposa o preterintencional) y que será diferente según se trate de una persona con plena capacidad o de un incapacitado (por trastorno mental de carácter permanente, que le impida comprender la ilicitud).

(85) LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA CONDUCTA.

Tan sólo voy a esquematizar los temas que incluyo en el estudio de la teoría general del elemento subjetivo-material o, si se quiere solamente conducta, los cuales considero que me llevarán a la posibilidad de integrar una conducta completa, que pueda ser calificada en la valoración del delito.

Anoto en este pequeño esquema los aspectos positivo y negativo del ente jurídico-penal:

ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL O CONDUCTA:

- | | |
|--|--|
| 1. El presupuesto:
Las formas de la manifestación de la voluntad. | Conducta, hecho, actividad, inactividad y acto. |
| 2. Los elementos: | |
| a) La voluntad simple. | Personas incapaces de comprender la ilicitud de su conducta. |
| b) La voluntad consciente. | Prever, querer o elemento volitivo y entender o elemento cognoscitivo. |
| c) La intención. | Directa o dolo, indirecta o culpa y mixta o preterintencionalidad. |
| d) El resultado. | Finalidad o propósitos, selección de medios, logros (tentativas y concurso), consumación, consecuencias secundarias y clases de resultado. |
| e) La relación entre la conducta y el resultado | Nexo final, causal, normativo y natural. |
| 3. Las clasificaciones: | |
| a) La clasificación del delito por sus formas de manifestación. | |
| b) La clasificación del delito en orden a la intención. | |
| c) La clasificación del delito atendiendo a su resultado. | |
| 4. Los temas auxiliares: | |
| a) Las cualidades de la conducta. | |
| b) Los complementos para la realización de la conducta. | |
| c) El lugar y el tiempo de la consumación de la conducta. | |

ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL (AUSENCIA DE CONDUCTA):

- | | |
|---|---|
| 1. La excepción. | Conducta libre en su causa. |
| 2. Las hipótesis de ausencia de conducta: | |
| a) Ausencia del presupuesto: | Falta de manifestación de la voluntad) |
| b) Involuntariedad: | Movimientos involuntarios conscientes e inconscientes. |
| c) Inconsciencia. | Etapas del desarrollo mental, trastornos mentales transitorios y error. |
| d) Falta de intensión. | Caso fortuito. |
| e) Imposibilidad de relacionar la conducta y el resultado | |

Es preciso anotar un factor muy importante: El proceso que debe seguirse al hacer la valoración jurídica de la conducta, bien sea por la autoridad ministerial (en la averiguación previa) o por la judicial (en el juicio).

En este elemento del ente jurídico, va a ser iniciada la valoración tomando en cuenta a todos los componentes que debe reunir la conducta para ser integrada en el mundo fáctico; es decir, en la realidad externa de la normatividad. Hasta aquí existe la comparación jurídica, mas no la legal.

Podemos comparar esta fase de la valoración con aquello que antiguamente era visto como el "cuerpo del delito" (reunión de los elementos materiales), aunada desde luego a los aspectos subjetivos; que se asemeja a la visión moderna del cuerpo del delito.

Desde luego, en esta primera valoración deben ser considerados los parámetros de normatividad, para darle matiz de legalidad. Por ello importa que los códigos penales contengan la descripción de cada uno de los componentes que integran a cada uno de los elementos del delito.

En esta primera valoración, las autoridades ministerial y judicial deben tener muy firmes sus conocimientos acerca de los elementos que son necesarios para integrar una conducta que adquiere relevancia en materia de punición y evaluarlos en concierto con las disposiciones legales.

Es un momento muy importante, en el cual habrá de valorarse todo lo concerniente al acto de voluntad: Sus manifestaciones externas, las clases de voluntad, el grado de intensión, el resultado y la relación que debe existir entre la conducta y el resultado, para que éste le sea atribuido al sujeto.

Aquí tenemos que las fases interna y externa del iter criminis (camino del delito) han sido unificadas, porque no es concebible esperar a que termine la valoración jurídica del delito y después analizar si existieron la tentativa, la consumación o el concurso de delitos.

Una vez que ha sido realizada esta fase será iniciada la relación conceptual o juicio de tipicidad, que es la comparación jurídico-típica entre los componentes de la conducta y los elementos que describe el delito-tipo de que se trata en el caso concreto que vamos a analizar.

(C) EL ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL.

Ahora me toca analizar en forma amplia y detallada al elemento subjetivo-material o conducta, que ocupa el primer sitio entre los componentes sine qua non del delito, a fin de que sea observado el procedimiento que debe seguirse al hacer la valoración jurídica las autoridades ministerial y judicial.

En el aspecto positivo de este elemento, veremos qué requisitos deben quedar probados y comprobados para que pueda llegar a ser declarada la existencia de una conducta que sea penalíticamente relevante, que pueda hacerse acreedora a las consecuencias previstas en la ley penal.

De acuerdo con el orden lógico que impera entre los elementos del delito, en primer lugar debe existir una conducta completa, con todos los componentes necesarios para que jurídicamente podamos calificarla como típica, antijurídica y culpable y declarar la existencia del delito.

Por tradición se reconoció que la concepción dogmática del delito tenía como primer elemento a la conducta, a la cual se la obtenía del artículo 7º del CPF, en su primera parte, y del verbo rector del delito en particular, los que mencionan las formas de conducta.

El precepto citado nos dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", y el verbo rector que rige para la conducta típica del delito habla de "privar de la vida", "lesionar", "tener cópula", "apoderarse", "hacerse ilícitamente de una cosa", etc.

Voy a criticar la fórmula que empleó el legislador de 1931, para definir al delito: En primer lugar no debe incluirse, dado que en la parte especial de cada uno de los ordenamientos hay un catálogo de figuras delictivas y una definición general resulta innecesaria.

Después, el delito no es acto u omisión sino que se manifiesta en una acción u omisión y cada una de estas formas de conducta puede ser integrada con uno o varios actos que, si están sucesivamente enlazados, integran una sola conducta. El acto es insuficiente, en algunos casos, para hablar de la conducta.

A la concepción legal, en todo caso, le hace falta referirse a los demás elementos del delito (según la postura que sea adoptada), ya que sin tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (para mí), no hay ente jurídico y de nada nos sirve que hayamos integrado la conducta.

La sanción o punibilidad no debe quedar incluida entre los elementos del delito, porque solamente es la consecuencia que se genera cuando aparece comprobada su existencia junto con la de la responsabilidad, y se han cubierto todas las formalidades para proceder a la punición.

Pienso que lo que quisieron decir y no lograron, fue que serían consideradas como presumiblemente delictuosas las conductas que se hallan descritas (tipificadas) en la parte especial y que contienen la coactividad, al mencionar una determinada punibilidad para quien las cometa.

Si tomáramos en cuenta la definición legal, resultaría que el delito es solamente conducta y punibilidad (concepción biónica) y no llega a adecuarse a alguna de las opiniones expresadas en la teoría del delito. Además, en el caso de las excusas absolutorias, como no es aplicada la sanción no habría delito.

Es muy cierto que el delito es fundamentalmente conducta, que puede ser positiva o negativa actividad o inactividad y que podría ser integrado con uno o varios actos y producir, además, un resultado jurídico y/o material y que cuando se integra, aparece la punibilidad.

Todo esto da lugar a las diversas clasificaciones del delito; empero, no debe incluirse una definición así en el Código Penal, porque sobra. En todo caso, entre los principios que sustentan a un catálogo de normas debe aparecer el postulado: **NULLUM CRIMEN SINE CONDUCTA** (no hay delito sin conducta).

A la mención del comportamiento prohibido o prescrito por cada una de las normas reguladoras del deber ser, podría identificársela con el *tatbestand* legal o con el *liebtild*, de los cuales nos habló **BEILING** en su teoría del delito-tipo, que expondré en lo relativo al elemento regulador o tipicidad. (325)

Por lo pronto, diré que a cada una de las formas de conducta se la debe obtener del verbo rector de todo delito-tipo en particular, en el cual se prohíbe privar de la vida, apoderarse, copular violentamente, etc. En ellas vamos a descubrir si el delito puede ser realizado por una acción u omisión.

Afortunadamente ya ha sido superada la etapa bárbara de la punición, cuando eran castigados por igual los hechos humanos, naturales y animales, y a los hombres se les asemejaba en el trato a las bestias. Ahora tan sólo es considerada como productora de delito la conducta (voluntaria e intencional).

En realidad todo el proceso de la valoración jurídico-penal gira en torno al comportamiento humano, habida cuenta de que la ciencia jurídica en general, tiene como objetivo mediato principal el de regular la conducta humana, a la cual le serán añadidos los restantes elementos de la infracción.

No deja de reconocerse que el delito puede ser completado con un hecho, cuando el resultado de la conducta, a más de contrariar al mundo de la normatividad jurídico-penal, repercute en la realidad fáctica, dando lugar a un delito de resultado material o simplemente hecho.

Mas como el comportamiento que ha de producir el hecho irremediablemente tiene que ser ligado a la voluntad del hombre, al primero de los elementos del delito podríamos llamarlo solamente conducta y esto es plenamente válido o bien, como lo hice, elemento subjetivo-material.

En primer lugar, vamos a proceder al análisis de las formas en que puede ser manifestada la voluntad en el mundo exterior, las cuales son primordialmente: Actividad e inactividad, que dan lugar a una conducta o a un hecho que pudo haber sido realizado en uno o en varios actos.

(86) LAS FORMAS DE MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD.

Cuando definí mi pensamiento, noté que la actividad y la inactividad (acción y omisión) no son más que las formas en que el hombre manifiesta su voluntad en el mundo exterior y que constituyen un presupuesto para proceder a valorar la conducta que, además, se halla compuesta por otros elementos.

Al delito se le puede dividir en dos fases: la fáctica y la jurídica. La primera pertenece al mundo de los hechos, a la realidad exterior (área del ser) y la segunda está ubicada en el mundo de las normas legales, en la realidad jurídica (área del deber ser jurídico-penal). La una complementa a la otra y sin ella no puede existir.

Fundamentalmente, la valoración jurídica del delito debe ser hecha con base en un juicio comparativo entre los mundos del ser y del deber ser, a fin de que se pruebe y compruebe que la realidad fáctica es contraria a la normativa. La conducta asumida es comparada con el *tatbestand* legal.

La fase fáctica es iniciada en el momento en que en el individuo surge la idea criminal y termina en el preciso instante en que es consumada la conducta, con la lesión, puesta en peligro, destrucción o controversia de un valor amparado por las normas, que recibe el nombre de bien jurídico.

En cambio la fase jurídica principia con el estudio de la conducta, para reunir todos sus elementos constitutivos y se agota en el momento en que han sido probados y comprobados los restantes elementos del delito. La valoración jurídica debe ser hecha desde tres ángulos: Objetivo, subjetivo y normativo.

Al primer elemento del delito la concepción tradicionalista lo llamó "elemento objetivo material", "elemento externo", "elemento físico" y "elemento fáctico". Yo lo he denominado elemento subjetivo-material y lo integro con un presupuesto y cinco elementos.

JIMENEZ HUERTIA expone: "El primer requisito del delito es el acto, acción o actividad, es decir la conducta humana. Actualmente no se considera correcto hablar de actividad, acto o acción. Se sustituye a dichas expresiones por la de conducta". (326)

(326) JIMENEZ HUERTIA. *La Conducta Humana*, p. 1. Revista Criminalia. Sinó dato. Podemos ver a PORTE PETIT, quien denomina a su capítulo IV: "Elemento objetivo, externo o físico. La conducta o hecho humano". Obra citada en la nota 280, pp. 287 y ss.

Para no circunscribir al contenido del primogénito de los elementos del delito a una conducta o a un hecho, como ha venido haciendo la teoría tradicional, dispongo que la conducta tenga en su composición un presupuesto: **Las formas de manifestación de la voluntad.**

En este apartado voy a estudiar todas las posibles manifestaciones que puede tener la voluntad, haciendo hincapié en aquellos requisitos que la conducta necesita cubrir para que pueda ser considerada presuntivamente como un comportamiento humano penalmente relevante.

Al hacer alusión al comportamiento voluntario, motor del delito, utilizaré indistintamente el término elemento subjetivo-material y el vocablo conducta, que resulta ser el genérico puesto que ambos son los indicados para tal efecto. Considero más certero al que cité en primer lugar; empero, nos hace falta acostumbrarnos a él.

La conducta *sensu stricto*, el hecho, la actividad, las inactividades propia e impropia y el acto, vienen a ocupar el lugar de las formas en que puede manifestarse la voluntad del hombre en el mundo exterior y que, con los restantes requisitos que señalaré, integran al elemento subjetivo-material o conducta.

No todo el comportamiento humano activo u omisivo le interesa a la relación procesal-penal, sino únicamente aquello que se encuentra catalogados en los marcos de explicitación conceptual de las normas que le son propias, en forma de prohibiciones, prescripciones y justificaciones.

Estas conductas no solamente se hallan en el catálogo de normas jurídico-penales, también se las descubre en aquellos comportamientos previstos en las normas penales especiales y que, por lo tanto, revisten un carácter delictivo y se las identifica cuando al precepto le sigue una sanción penal.

Un comportamiento humano es penalmente relevante, tan pronto como deja sentir sus efectos en el mundo jurídico-penal, o sea cuando en la realidad fáctica ataca injustamente a un bien jurídicamente tutelado, siempre y cuando el resultado producido está relacionado con él.

Nada más la voluntad exteriorizada da lugar a la valoración jurídica, cuando lesiona, hace peligrar, destruye o controierte un derecho que el catálogo de normas legales ampara y transforma en un bien jurídico, para probar y comprobar que reúne las características propias de la infracción.

El delito es una manifestación psíquica (voluntad), que se traduce en un acto exteriorizado; si tan sólo se queda en la fase interna del iter criminis, no podría ser punido. Esta opción da lugar a recordar aquel principio que postula: *Cogitationis poenam nemo patitur* (las ideas no delinquen).

El pensamiento o las ideas no materializadas, nos niegan la posibilidad de que sean generadas las consecuencias que el catálogo de normatividad jurídico-penal prevé para que les sean impuestas a quienes transgreden sus mandatos. La voluntad penalísticamente relevante, debe ser manifestada en el exterior.

En la concepción tradicional de la conducta, la mayoría de los autores no se ocupó de tratar en forma amplia a la voluntad, mucho menos a la intención; se aludía en cambio a la involuntariedad, cuando se trataba de explicar las hipótesis que originaban una ausencia de conducta que, consecuentemente, anulaban al delito en el mundo jurídico.

Es importantísimo asentar que, para que un comportamiento humano pueda motivar el interés penal, precisa de que se haga acompañar no solamente de la voluntad sino también de la intención, momentos subjetivos del delito sin los cuales no puede decirse que exista la conducta.

JIMENEZ HUERTA estima que esta postura es exacta, al menos por cuanto hace a la voluntad, al expresar: "Denominador común en todas las formas de conducta es el factor psíquico, esto es, la voluntad. Existe una conducta siempre que la realización de alguna actividad en el mundo externo dependa de un acto de voluntad del hombre". (327)

Se ha tratado de identificar a la conducta con el hecho, lo cual resulta muy desatinado, habida cuenta de que en el hecho pueden ser comprendidas tanto las manifestaciones humanas como las de la naturaleza y las de los animales. El hecho, en lato sensu, resulta ser más amplio que la conducta.

A la relación procesal-penal no le interesan los acontecimientos de la naturaleza o de los animales, si no es que puede llegar a ser establecida una relación directa con la actividad o inactividad humana ejecutada con voluntad y graduada con cierta intención dolosa, culposa o preterintencional.

La primera división fundamental que se hace de las formas de manifestación de la voluntad al exterior, en el elemento subjetivo-material o conducta es, precisamente, en conducta o hecho. Su razón de ser está en que determinados delitos se colman con la sola presencia de la conducta.

En la mera conducta se prescinde de valorar la existencia de un resultado material, más si es para efectos del concurso de delitos. Caso diverso lo es cuando el tipo requiere, además de la conducta la mutación en el mundo exterior, porque entonces se dice que estamos en presencia de un delito de resultado material.

Como ejemplos puedo poner a los delitos de violación y homicidio, respectivamente. En el primer caso, si llegara a producirse asimismo, un resultado material, habría acumulación o concurso de delitos, si es que el resultado no es consecuencia natural de la cópula violenta.

También en este supuesto, el resultado material no previsto en la norma debe tenerse en cuenta en el momento en que se finque la compensación del daño y los perjuicios causados al ofendido o a sus causahabientes con motivo de la conducta delictuosa.

Encontramos que el delito es tanto manifestación de voluntad por medio de una actividad, como de una inactividad. El ilícito penal se consume en el preciso momento en que es realizada la prohibición u omitida la prescripción que se encuentra contenida en el postulado normativo.

El delito no es solamente actividad humana voluntaria, como se ha creído; también comprende la omisión de la acción esperada y exigida por los postulados de explicitación del catálogo de la normatividad jurídico-penal. Hay delitos que pueden ser realizados por actividad o por inactividad.

JIMENEZ HUERTIA dice: "El imperativo de la norma puede consistir en una prohibición --no matarás-- o en un mandamiento --auxilia a tu prójimo-- la violación de la primera puede hacerse poniendo en juego no solamente el movimiento corporal sino también la inactividad o inercia del cuerpo, pues aprovecharse de las fuerzas naturales para alcanzar el resultado prohibido por la norma es, desde el punto de vista finalista, un proceder causalivo". (328)

Quiero explicar en detalle cada una de las formas externas de la manifestación de la voluntad, poniendo énfasis en los requisitos que tienen que llenar para que se deje entrever la posibilidad jurídica de integrar un delito.

También asentaré las semejanzas y diferencias que encontré que existen entre cada una de ellas y daré los ejemplos de todas, extraídos de la legislación vigente en nuestro fuero federal, para que se demuestre que el pensamiento que integra la teoría del sincretismo penal que ofrezco, tiene una base legal.

(a) LA CONDUCTA.

La conducta es la actividad o inactividad desplegada con voluntad simple o consciente (para incapaces y capaces, respectivamente), integrada por uno o varios actos, que produce un resultado típico jurídico, realizada con intención directa o indirecta, al violar una norma prohibitiva o prescriptiva.

Hablo de actividad e inactividad (formas de conducta), de la voluntad simple y consciente (para incapaces y capaces) y de la intención directa e indirecta (dolo y culpa), del resultado y de los tipos de normas. El género lo es la conducta (en lato sensu) y sus especies lo son: La conducta (en stricto sensu) y el hecho.

Las formas de realización de las especies de la conducta son la actividad y la inactividad, y pueden quedar integradas con uno solo o varios actos. En sentido amplio, la conducta es la acción u omisión, desplegada en uno o en varios actos, matizada con cierta intensidad, más los resultados jurídicos y materiales típicos.

Sobre estas consideraciones, resulta fácil entender que mi primera definición lo es la conducta en sentido estricto. PORTE PETIT asienta lo siguiente: "Al definir la conducta se deben abarcar las nociones de la acción u omisión. Consecuentemente, la conducta consiste en un hacer voluntario o involuntario (culpa)". (329)

Considero que es correcto que se hable de la acción y de la omisión, como las formas de conducta; empero, no está bien decir que ésta puede ser involuntaria y dar lugar a la culpa puesto que, si no hay voluntad en el comportamiento, existe una ausencia de conducta. Además, falta aludir al resultado.

JIMÉNEZ DE ASUA expone: "Así aclarado el vocablo, puede definirse al acto, manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un resultado en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja sin mudanza al mundo externo cuya modificación se aguarda". (330)

Lo que menciona este autor es correcto en parte. La conducta no puede ser identificada con el acto, ya que bien sea activa u omisiva puede quedar integrada con uno o varios actos. También hay que recordar que la omisión puede o no producir un cambio en el mundo externo, cuando se trata de la impropia y la propia, respectivamente.

Para que pueda adquirir relieve en el campo de lo penal, en mi concepto, una conducta necesita cubrir los siguientes requisitos:

A) Una actividad o inactividad. Como ya dije, la conducta puede ser realizada mediante un hacer o por medio de un no hacer lo cual da lugar a que hablemos de una conducta positiva o negativa, respectivamente. La que adquiere relevancia penal sólo puede proceder del hombre; de hecho, la única manifestación que debe recibir el nombre de conducta es la del ser humano.

B) Una voluntad simple o consciente. Para que la actividad o inactividad le interese al área de lo punitivo, debe ser voluntaria. La voluntad se divide en simple y consciente, para diferenciar la de las personas incapaces de la de las capaces y fundamentar la imposición de las medidas de tratamiento especializado y la de las penas, respectivamente. La voluntad se identifica con el querer realizar (elemento emocional o volitivo de la conducta) y la consciencia, con el entender las consecuencias que produce lo realizado (elemento intelectual o cognoscitivo de la conducta). (331)

C) Uno o varios actos. Tanto la conducta positiva, como la negativa, pueden quedar integradas con uno (unisubsistente) o varios actos (plurisubsistente). Un solo acto puede llegar a integrar una conducta, sin mayores problemas; asimismo, varios actos pueden integrar una sola conducta.

D) Una intención directa o indirecta (dolo o culpa). La conducta relevante no puede quedar alejada de la intención que colorea al acto voluntario; puede ser directa (dolosa) o indirecta (culposa). La intención mixta (preterintencionalidad) no puede darse, dado que no podemos violar una norma en mayor grado que el querido. Sin la intención de producir el resultado jurídico, la conducta no podría serle imputada al agente, por estar en presencia del caso fortuito.

E) Un resultado típico jurídico. En la conducta el resultado que es producido con la acción u omisión siempre debe ser típico y de naturaleza puramente jurídica esta característica da lugar a un delito de mera conducta o formal. Si además se provocare un resultado material, habría lugar para un concurso de delitos.

(329) PORTE PETIT. Op. cit., p. 295.

(330) JIMÉNEZ DE ASUA. *La Ley y el delito*, p. 210. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(331) La tradicional teoría del delito, en la concepción psicológica de la culpabilidad, consideró que estos eran los elementos del dolo. Yo los ubico en la conducta. INFRÁ. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (B) Número (96) La Fase Interna del Icter Criminis.

F) La violación de una norma prohibitiva o prescriptiva. Cuando es realizada una conducta contraria a los postulados penales, es violada una norma prohibitiva (en la actividad) o prescriptiva (en la inactividad).

G) Un deber jurídico de obrar o de abstenerse. De esa norma que ha sido vulnerada, emana un deber jurídico de obrar (en la omisión) o de abstenerse (en la acción), el cual es impuesto erga omnes y le es exigible a un sujeto en particular, de acuerdo con sus características personales y las circunstancias imperantes. Este deber y la exigibilidad son situaciones que deben ser valoradas en la anti-juridicidad y en la culpabilidad, respectivamente. Hablaré de ellas en el momento adecuado. (332) Si las menciono aquí, es por la relación que guardan con la conducta.

H) Una relación entre la actividad o la inactividad y el resultado típico jurídico. Entre la conducta y el resultado típico jurídico debe existir una relación de causa a efecto, que implica que la mutación en el mundo jurídico haya sido producto de esa conducta activa u omisiva. (333)

(b) EL HECHO.

Voy a aceptar esta denominación nada más para calificar a los delitos que producen un cambio en el mundo externo, como consecuencia de la manifestación de voluntad. Ese resultado material siempre debe ser incluido en el marco de explicitación del delito-tipo.

El hecho es la actividad o inactividad desplegada con voluntad simple o consciente, integrada por uno o varios actos, que produce un resultado típico jurídico y material, realizada con intención directa, indirecta o mixta, al violar una norma prohibitiva o prescriptiva.

Incluyo en esta definición a las formas de conducta, a las clases de voluntad, al resultado material (físico, anatómico, químico, fisiológico, psíquico o económico), los tipos de intención y la relación de causa a efecto que debe verificarse entre la conducta y el resultado material producido.

JIMENEZ HUERTAS explica: "Parte de los delitos que describen los códigos penales exigen como acontece en la mayoría de los delitos de comisión y en la totalidad de los de comisión por omisión, además de una conducta, un determinado resultado como consecuencia del comportamiento o que, en cada caso, incrimina el tipo penal". (334)

FORTE PETIT determina: "Por hecho entendemos la conducta, el resultado y el nexo de causalidad". (335) Considera que la conducta puede ser activa u omisiva, al hablar del resultado se refiere únicamente al cambio en el mundo externo y estálo que el nexo de causalidad se da tanto en la acción como en la omisión, aunque solamente en los delitos de resultado material.

JIMENEZ DE ASUA no acepta la diferencia entre la conducta y el hecho; concluye: "El resultado no es sólo el daño cometido por el delito, no consiste únicamente en el daño material en el mundo externo, sino también en mutaciones de orden moral". (336)

Este mismo autor termina diciendo: "Para nosotros no existe delito sin resultado. La vieja categoría de los delitos formales era falsa. Lo que acontece en ciertas infracciones es que la manifestación de voluntad y el resultado aparecen contemporáneamente y con aspectos inseparables". (337)

Convento en que el resultado del delito puede ser un daño jurídico, material y hasta moral, si se quiere; empero, de las descripciones normativas resulta que hay delitos de mera conducta o formales y delitos de resultado material o simplemente materiales. No es algo inventado, se descubre en los dogmas de la ley.

(332) INFRA. Sección Segunda. Capítulos Tercero y Cuarto.

(333) INFRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (B) Número (96) La Relación entre la Conducta y el Resultado.

(334) JIMENEZ HUERTAS. Op. cit.

(335) FORTE PETIT. Op. cit. p. 327.

(336) JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., p. 214.

(337) IDEM.

Esto es porque en determinados casos, se considera que tan sólo es jurídicamente importante la conducta, porque ataca directamente al bien jurídico amparado y al resultado ha de tenerse en cuenta en el momento procesal apropiado; en otros, en cambio, concomitantemente a la valoración de la conducta, ha de estimarse el cambio material que produce.

El hecho, legalmente hablando, es un resultado material que va aunado a la violación de la norma. Para que ese hecho lleque a interesarle al área de lo punitivo, a más de proceder exclusivamente de la voluntad humana o de poder ligarse a ella, debe completar, en mi concepto, los siguientes elementos:

a) Una actividad o inactividad. También el hecho puede ser realizado por una actividad o una inactividad; se habla entonces de una conducta positiva o negativa, que ha producido un cambio en el mundo exterior. La conducta que integre un hecho debe ser el producto de la manifestación de la voluntad del hombre, así como su resultado o si no, éste debe estar en posibilidad de relacionarse con la conducta. Los hechos naturales o animales puros no le interesan al ramo penal.

b) Una voluntad simple o consciente. Para que podamos estar en presencia de un hecho relevante, se requiere que la conducta activa u omisiva que lo haya producido, sea voluntaria. La voluntad simple (querer) para los incapaces y la voluntad consciente (querer y entender) para los capaces, dando lugar a la responsabilidad social y penal, respectivamente.

c) Uno o varios actos. Asimismo, la conducta que integre un hecho puede ser llevada a cabo en uno o en varios actos, que nos conducen a hablar de un delito uno o plurisubistente, en su caso.

d) Una intención directa, indirecta o mixta (dolosa, culposa o preterintencional). La conducta que sea productora de un hecho, tiene que ser desplegada por el agente con cierta intención; si es directa, habrá dolo; culpa, si es indirecta y preterintencional, en el caso de que sea mixta.

e) Un resultado típico jurídico y material. El resultado que sea producto de un hecho, adquiere un matiz dualista; en primer lugar es jurídico (violación de la norma) y en segundo término, será material (cambio externo). En el caso de que aparezca un resultado diverso al de la petición normativa, debe ser valorado para los efectos del concurso de delitos.

f) La violación a una norma prohibitiva o prescriptiva. La norma que es vulnerada con una conducta que produce un hecho, es prohibitiva (en la acción) o prescriptiva (en la omisión); ambas contienen el mandato de la conducta a observar.

g) Un deber jurídico de obrar y de abstenerse. Como caso especial, en el hecho existe un doble deber jurídico, que es de obrar y de abstenerse y que se da en relación con la conducta y el resultado, respectivamente. De la existencia de ese deber jurídico dependerá que lo sea exigible a un sujeto un comportamiento diverso al que desplegó. Ambos están relacionados con la antijuridicidad y la culpabilidad.

h) Una relación de causa a efecto entre la conducta activa u omisiva y el resultado material típico. Entre la conducta activa u omisiva y el resultado típico jurídico y material, debe existir una indisoluble relación de causa a efecto, para que el cambio externo le pueda ser atribuido al sujeto. La actividad debe ser la productora directa del resultado material y la inactividad debe ayudar a producirlo o no evitarlo. (338)

(C) LAS SEMEJANZAS ENTRE LA CONDUCTA Y EL HECHO.

*Tanto la conducta como el hecho, son las formas externas de la manifestación de la voluntad; las maneras en que el ser humano puede llegar a cometer un delito, de acuerdo con la ley.

*Ambos son considerados en los códigos penales como las formas de comisión del delito.

*Los dos son las maneras en que puede ser materializada la voluntad.

*Una y otro pueden ser llevados a cabo mediante actividad o inactividad.

*Dan lugar a conductas positivas (cuando se las realiza por acción) o negativas (cuando se las ejecuta por omisión).

*En ellos puede suceder que sean integrados por un solo acto (unisubsistentes) o por dos o más (plurisubsistentes).

*Para que lleguen a integrar un delito se requiere que sean voluntarios (voluntario simple o consciente), bien sea que se trate de que los despliegue una persona incapaz o capaz.

(d) LAS DIFERENCIAS ENTRE LA CONDUCTA Y EL HECHO.

Si analizamos los elementos constitutivos de la conducta y del hecho, podremos observar que las diferencias empiezan en el resultado:

*En la conducta las consecuencias que son producidas inciden tan sólo en el mundo jurídico; esto es, que para completar el delito las normas han querido atender solamente a la desobediencia de la prohibición o de la prescripción, puesto que con ellas es atacado el bien jurídico. No deja de reconocerse que siempre la manifestación de la voluntad repercute en el ámbito de la realidad fáctica, mas esta alteración no está comprendida en la petición normativa ya que las peticiones del delito-tipo se colman con la sola aparición de la mera conducta.

*Al atender al hecho, advertimos que la manifestación de la voluntad, a mas de contrariar la disposición jurídica, debe atacar en forma directa al mundo de los hechos, produciendo un resultado jurídico y material de carácter diverso (físico o anatómico, fisiológico, psíquico, económico o químico). La descripción de la norma exige dos momentos: la alteración del mundo jurídico y la mutación externa; el tipo se complementa cuando ambos resultados son producidos.

*La conducta da lugar a la clasificación de los delitos de mera conducta o formales; en cambio, el hecho produce un delito de resultado material o hecho *sensu stricto*.

*Por cuanto hace a los delitos materiales, la intención puede ser directa (dolo), indirecta (culpa) o mixta (preterintencionalidad). En los delitos formales la intención mixta no puede llegar a darse, dado que si esto sucediera, llegaríamos sin remedio a la presencia de un delito de resultado material, como explicare más adelante. (339) La intención mixta o preterintención exige que se produzca un daño mayor al querido que, por fuerza, tiene que ser de carácter material, ya que no puede violarse una norma en mayor grado.

*De la descripción típica de un delito formal se deriva un deber jurídico de obrar o de abstenerse, que se traduce en observar el precepto prohibitivo o prescriptivo. De la norma que describe un delito de resultado material, se desprende un doble deber jurídico: De obrar (observar la norma) y de abstenerse (evitar el resultado material).

*Asimismo, respecto a la relación que debe existir entre la conducta y al resultado, se da otra diferencia: En la conducta el vínculo es normativo y final; en cambio, en el hecho, la relación es final, causal y material. (340)

*Cuando el hecho es realizado mediante omisión, se dice que el delito lo es de comisión por omisión (delito espurio o falso delito de omisión); esto es, que ayuda a producir el resultado material o no lo evita, como consecuencia de abstenerse de la conducta esperada y exigida. En la conducta esto no sucede; tanto en la acción como en la omisión, hablamos solamente de conducta activa u omisiva.

(339) INFRA. Sección Primera. Capítulo Primero. Inciso (B). Número (150) La Clasificación del Delito en Atención a su Resultado.

(340) INFRA. Sección Primera. Capítulo Primero. Inciso (B). Número (96). La Relación entre la conducta y el resultado.

(e) LA ACTIVIDAD.

La actividad es la forma positiva de la conducta, es el hacer; asimismo, se la puede nombrar comisión. Denota el movimiento voluntario de cualquier órgano del cuerpo humano, dando lugar a un delito comisivo. Rige tanto para la conducta como para el hecho. Puede ser realizada en uno o en varios actos.

Concibo a la actividad como el despliegue del movimiento corporal con voluntad simple o consciente, que se da en uno o en varios actos, con intención directa, indirecta o mixta y que produce un resultado típico jurídico y/o material, viola una norma prohibitiva y da lugar a un delito de acción.

Nótese que en este momento hablo de actividad y no de acción, puesto que hasta el instante en que es probada y comprobada la intervención de la voluntad, es cuando podrá decirse que existe una acción. La actividad voluntaria es la que da lugar a una acción, con su consecuente clasificación de delito en orden a la conducta.

FORTE PETIT nos dice: "La acción consiste en la actividad o el no hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello que da lugar a un tipo de prohibición". (341) Este autor nos habla de la voluntad activa dirigida a la producción de un resultado típico o extratípico, sin ahondar en la naturaleza que pueda tener ese resultado.

JIMÉNEZ HUERTIA anota: "En su valoración normativa la conducta se presenta como comisiva cuando viola la prohibición. La forma más frecuente de violar una norma prohibitiva es por medio de una actividad corporal que, aunque puede integrarse por un solo acto, frecuentemente se presenta como un proceso, esto es como una serie o multiplicidad de movimientos corporales". (342)

JIMÉNEZ DE ASUA no abunda, simplemente afirma: "Ya hemos dicho, al ocuparnos del concepto del acto (así llama él a la conducta), que éste abarca tanto al hacer como al omitir". (343)

Según mi definición, podemos considerar que los elementos de una actividad que pueda ser productora de una acción, son los siguientes:

1. Un movimiento corporal. La actividad se integra con un movimiento de cualesquiera de las partes del cuerpo humano; accionar quiere decir entrar en actividad o ponerse en movimiento.
2. Una voluntad simple o consciente. La voluntad que acompaña a la actividad puede ser simple, en tratándose de personas incapaces de comprender la ilicitud de su conducta (sólo el querer) o bien consciente, para las personas capaces de comprensión y conducción adecuadas (querer y entender), para que pueda dar lugar a una conducta o a un hecho que le interese al sector de lo punitivo.
3. Uno o varios actos. La actividad puede quedar integrada con un solo acto (unisubsistente) o con dos o más de ellos (plurisubsistente). La existencia de un solo acto no es óbice para que pueda quedar constituida la acción o actividad.
4. Una intención directa, indirecta o mixta. La intención de la actividad puede ser dolosa (directa), culposa (indirecta) o preterintencional (mixta). Las dos primeras se dan tanto en la conducta como en el hecho y la tercera solamente en el hecho.
5. Un resultado típico jurídico y/o material. El resultado que sea producto de la actividad puede formar una conducta o un hecho, consecuentemente, el primer caso será un resultado solamente jurídico, y el segundo jurídico y material.
6. La violación de una norma prohibitiva. La actividad se encuentra descrita en el delito-tipo, el cual en este caso se identifica con la norma prohibitiva que nos dice cuáles son las conductas que el hombre debe abstenerse de realizar.

(341) FORTE PETIT. Obra citada en la nota (280), p. 300.

(342) JIMÉNEZ HUERTIA. Obra citada en la nota (327), p. 30.

(343) JIMÉNEZ DE ASUA. Obra citada en la nota (330), p. 216.

7. Un deber jurídico de abstenerse. En la actividad existe siempre un deber jurídico de abstenerse de realizar el movimiento corporal voluntario que prohíbe la norma.

8. Una relación entre la actividad y el resultado típico jurídico y/o material. La actividad y el resultado típico jurídico y/o material deben estar relacionados a través de un vínculo directo de naturaleza causal o final.

(f) LA INACTIVIDAD.

Se dice que estamos en presencia de una inactividad, cuando el sujeto tiene el deber jurídico de hacer despliegue de un movimiento corporal que la ley espera y exige, y lo omite. La omisión es la forma negativa de la conducta y también puede ser llamada inacción. Bien puede tener la característica de ser simple o de comisión.

Considero que la inactividad es la forma de manifestación de la voluntad humana simple o consciente, por medio de la inercia del cuerpo del sujeto, que se integra con uno o varios actos, desplegada con intención directa, indirecta o mixta, que produce un resultado típico jurídico o bien, ayuda a producir o no evita un resultado material, al violar una norma prescriptiva.

FORTE PETIT aclara con respecto a la inactividad propia o impropia, lo siguiente: "La omisión viene a ser una de las formas de conducta". (344) JIMENEZ HUERTIA opina: "Se viola una norma preceptiva tanto si el sujeto permanece inactivo o inerte, como si en el momento histórico dado despliega una actividad corporal". (345)

JIMENEZ DE ASUA considera: "La omisión simple y la comisión responden a la naturaleza de la norma. Si ésta es prohibitiva no matarás, su quebrantamiento crea un delito de acción; si es imperativa, socorrerás, el hecho de vulnerarla supone un delito de omisión". (346)

En el sentir de CUELLO CALON la omisión es la forma de conducta inactiva, y para que ésta exista es necesario que el cuerpo quede inerte por la voluntad del sujeto, si la norma jurídico-penal le impone el deber de obrar de determinada manera. (347) Es decir, que la omisión requiere de la voluntad, la conducta inactiva y el deber jurídico de obrar.

"Así, concluye MARQUEZ PINERO, para que se configure la omisión se requiere de tres elementos: Manifestación de voluntad, conducta inactiva y deber jurídico de obrar". (348)

Frente a la omisión propia se encuentran el falso delito de omisión, el delito espurio o la omisión impropia. En la definición que anoté al inicio de este inciso quedan comprendidos. Voy a proceder a concretar.

(g) LA INACTIVIDAD PROPIA.

A este tipo de inactividad también se le nombra omisión, omisión propia, para omisión u omisión verdadera. Se le debe entender como aquella inactividad que produce un delito de mejor conducta o formal; esto es, que solamente conlleva un resultado de naturaleza jurídica, consistente en la violación de la norma.

La conceptúo como la manifestación de una inactividad voluntaria (con querer simple o consciente), que se despliega en uno o en varios actos, con intención directa o indirecta y que produce un resultado típico jurídico, al violar una norma prescriptiva. Por mi definición, podríamos concluir que los elementos que integran a la inactividad propia o simple, son los siguientes:

(344) FORTE PETIT. Obra citada en la nota (280), p. 305.

(345) JIMENEZ HUERTIA. Obra citada en la nota (327), p. 30.

(346) JIMENEZ DE ASUA. Obra citada en la nota (330), p. 216.

(347) CUELLO CALON. *La Moderna Penología*, p. 336. Editorial Bosch, S. A. Barcelona, 1958.

(348) MARQUEZ PINERO. *Derecho Penal. Parte General*. p. 164. Editorial Trillas. México. 1987.

a) Una inactividad humana. Es común denominador de ambas formas de la inactividad, la situación de que en ellas se da la omisión o inercia del cuerpo humano. En la omisión se evita la producción de la conducta exigida y esperada por la ley.

b) Una voluntad simple o consciente. La omisión propia debe estar sellada con la voluntad, que es simple para los sujetos incapacitados de comprensión, y consciente para los individuos capaces de comprender el carácter ilícito de su conducta y de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

c) Una intención directa o indirecta. La intención que califica a la voluntad de la omisión verdadera, debe ser directa (dolosa) o indirecta (culposa) solamente, dado que no hay lugar para hablar de la intención mixta o preterintención, por tratarse de un delito de mera conducta o formal.

d) Un resultado típico jurídico. El resultado que es consecuencia de la omisión simple, debe ser de naturaleza jurídica y estar incluido en la norma penal que describe al delito-tipo de que se trata en cada caso concreto.

e) La violación de una norma prescriptiva. Cuando es producido un delito de pura omisión, resulta que es violada una norma penal que prescribe una determinada forma del comportamiento que debe ser adoptado por el individuo.

f) Un deber jurídico de obrar. De esa norma que detalla la omisión verdadera se desprende el deber jurídico de obrar en determinada forma; es decir, que la misma ley nos marca el modelo de conducta que el sujeto debe observar. Ese deber puede proceder de la normatividad penal o extrapenal (aunque siempre debe ser jurídico); inclusive de una situación de hecho, como ya lo explicaré. (349)

g) Una relación entre la inactividad y el resultado típico jurídico. Entre la inactividad simple y el resultado que se provoca, debe comprobarse una relación de causa a efecto; esto es, que la omisión debe ser la productora del resultado jurídico, entendido como la violación de la norma.

(h) LA INACTIVIDAD IMPROPIA.

A este modo de inactividad también se le conoce con el nombre de omisión impropia, impura, omisión por omisión, falso delito de omisión, delito espurio u omisión con resultado material. Debe recordarse que, además de vulnerar la norma, se encuentra vinculado a un resultado material.

La inactividad impropia es la forma de manifestación de la voluntad que ayuda a producir o no evita un cambio en la realidad de hechos; es decir, que el adoptar esa manera de actuar conlleva una mutación en el mundo de la facticidad, además del resultado jurídico mediante la abstención de la actividad esperada y exigida.

Mi concepto de la comisión por omisión es el siguiente: Es la forma de manifestar la voluntad simple o consciente, que puede ser integrada con uno o varios actos y ayuda a producir o no evita un resultado típico jurídico y material, violando a la vez una norma prohibitiva y otra prescriptiva.

Podemos contar como elementos de la inactividad impropia, a los siguientes:

a) Una inactividad. También el falso delito de omisión se integra con una inactividad o inercia del cuerpo humano, tal y como sucede en la omisión pura.

b) Una voluntad simple o consciente. Como forma de manifestación de la voluntad humana, el delito espurio debe ser desplegado con una voluntad simple o consciente, según se trate de una persona incapacitada o plenamente capaz. El supuesto contrario daría lugar a una de las hipótesis de la ausencia de conducta y a la consecuente negación del delito en el mundo jurídico.

c) Uno o varios actos. Asimismo, la comisión por omisión puede estar compuesta por uno o más actos de naturaleza omisiva o comisiva, porque además de omitir la acción esperada y exigida, el sujeto puede realizar otras actividades o inactividades. Un solo acto no obsta para integrar a la comisión por omisión.

d) Una intención directa, indirecta o mixta. A diferencia de la omisión verdadera, es factible que el delito espurio adopte las tres formas de intención: Si es directa, habrá dolo; culpa si es indirecta y preterintención cuando sea mixta.

e) La posición legal de garantía con respecto a un bien jurídico. Para que el resultado que se ayuda a producir o no se evita con la intervención de la inactividad pueda serle imputado al agente, es necesario que tal se encuentre en una posición legal de garantía con respecto al bien jurídico (calidad de garante). (350)

f) Un resultado típico jurídico y material. El resultado que es producido con la intervención de la voluntad inactiva, es de naturaleza dual: Jurídico y material, y se traduce en la violación de la norma y el cambio en el mundo exterior.

g) Una violación a las normas prohibitiva y prescriptiva. En el delito espurio se viola a la vez dos tipos de normas: Una prohibitiva y otra prescriptiva. La una manda la abstención de la conducta y la otra la no producción del resultado.

h) La existencia de un deber jurídico de obrar y de abstenerse. En esas normas transgredidas están contenidos dos tipos de deber jurídico de obrar y de abstenerse, que van en relación directa con la conducta y con el resultado.

i) La relación entre la conducta inactiva y el resultado material que se ayuda a producir o no se evita. La inactividad impropia y los resultados jurídico y material, deben estar en relación de causa a efecto. En ausencia de ella, el delito espurio no debe serle atribuido al sujeto.

(i) LAS SEMEJANZAS ENTRE LA ACTIVIDAD Y LA INACTIVIDAD.

*La actividad y la inactividad (acción y omisión) son las formas en que la voluntad puede ser manifestada al exterior. Son las maneras en que es desplegado el comportamiento delictuoso.

*Ambas formas pueden llegar a integrar una conducta o un hecho.

*Los códigos penales contienen descripciones de delitos que pueden ser llevados a cabo por medio de una actividad o de una inactividad.

*Las dos pueden quedar integradas por uno o varios actos, dando lugar a delitos unisubsistentes (un solo acto) o plurisubsistentes (dos o más actos).

*Para que la acción o la omisión lleguen a formar parte de una conducta o de un hecho, se requiere que sean voluntarias; en el caso contrario, hay lugar para una ausencia de conducta.

*En ambas puede existir la voluntad simple o la consciente, según se trate de sujetos incapaces o capaces de comprender la ilicitud de su conducta.

(j) LAS DIFERENCIAS ENTRE LA ACTIVIDAD Y LA INACTIVIDAD.

*La actividad forma parte de una conducta positiva, que es producida con un movimiento corporal, el de llevar a cabo la prohibición que detalla la norma.

*La inactividad es la forma negativa de la conducta, que es realizada al manifestar una omisión o inercia del cuerpo humano, en el momento en que es omitida la conducta que prescribe la normatividad.

*La actividad viola una norma prohibitiva, de la cual emana un deber jurídico de abstenerse y de evitar el comportamiento. La inactividad, en cambio, infringe una norma prescriptiva que conlleva un deber jurídico de obrar.

*La actividad puede producir un resultado jurídico o jurídico y material y esto no altera su esencia; empero la omisión, cuando produce un resultado jurídico, se llama omisión propia y cuando aquel es material recibe la denominación de omisión impropia.

*Para que la inactividad pueda ser impropia, se precisa de la existencia de una posición legal de garantía (calidad de garante), con respecto al bien jurídico, que no se da en la actividad.

*La actividad puede integrar una conducta o un hecho; la inactividad propia solamente expresa una conducta, y la impropia el hecho nada más.

*La acción procede de una actividad y la omisión de una inactividad.

*La acción da lugar a los delitos de mera conducta o formales y de resultado físico o materiales. La omisión impropia nos conduce a un delito de resultado material, y de la propia resulta un delito de mera conducta.

(k) EL ACTO.

Se ha pensado en la teoría tradicional del delito, que el término acto comprende tanto a la acción como a la omisión, a la conducta y al hecho. Con este vocablo se ha pretendido denominar a todas las formas externas de manifestación de la voluntad del hombre.

Es evidente el error en que incurren autores sobresalientes como JIMENEZ DE AGUA, al utilizar el vocablo acto para tratar de abarcar a todas las maneras en que puede ser exteriorizada la voluntad. (351) El CPF alude al acto y a la omisión; es decir, considera que el acto es la actividad. (352)

Aun cuando el diccionario define al acto como si fuera una conducta o un hecho completos, en términos netamente de técnica penal este vocablo adquiere otra acepción, puesto que ha sido utilizado por consenso para aludir a las fracciones en que pueden estar divididas la acción o la omisión.

Sin lugar a dudas, la conducta sí que puede quedar integrada con un solo acto; mas también tenemos que convenir en que, en determinados casos, puede contener a dos o más de ellos y que, si están sucesivamente enlazados, dan lugar a una sola conducta, bien sea activa u omisiva.

Entiéndase que el vocablo "acto" no es suficiente para nombrar a todas las clases de conducta que pueden presentarse, sino que, solamente ha de utilizárselo cuando éstas se encuentren compuestas por una sola fracción. Hay delitos unisubsistentes y plurisubsistentes, según consten de uno o más actos.

Mayor importancia adquirieron las anteriores aseveraciones, cuando ha de hablarse por ejemplo de un delito continuado, habida cuenta de que para integrarlo se requiere de una serie de actos que por sí solos no pueden ser considerados como un delito independiente y que están al abrigo de la identidad de propósito.

Aquí, la ficción jurídica y la benevolencia del legislador han querido considerar al conjunto de actos como una sola infracción penal. La punibilidad que les corresponde será mayor que la del delito simple, debido a que su gravedad también es máxima, por la pluralidad de violaciones a las normas.

En hipótesis diversas la conducta puede llegar a componerse de un solo acto, y entonces debe hablarse de un delito unisubsistente. Si son dos o más actos los que la integran, estaremos ante la presencia de un delito plurisubsistente.

(351) "Ya hemos dicho al ocuparnos del concepto del acto, que éste abarca tanto al hacer como al omitir". JIMENEZ DE AGUA. Obra citada en la nota (330), p. 216. Según él, la conducta es el acto.

(352) "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales". Art. 7º parte primera.

Con un ejemplo más explicaciones serán plenas: La conducta de privar de la vida a un semejante, puede llevarse a cabo por un solo acto activo u omisivo. En la acción puede ser con un disparo de arma de fuego y, si son dos o más actos, serían a la vez dos o más disparos.

Si aceptáramos que el acto es igual a la conducta o al hecho, quien produce el resultado de privar de la vida, en el ejemplo anterior, con seis disparos, estaría realizando seis delitos de homicidio y lo más curioso es que serían sobre una misma persona.

Así se tendría que procesar y sentenciar al sujeto activo por seis delitos de homicidio, en lugar de que sea por uno solo, que fue llevado a cabo por seis actos, como manda la lógica. Desde luego, estos errores y absurdos que se han dado en la práctica nos conducen las imprecisiones de la doctrina y de la legislación.

Voy a dejar en claro que los términos que ha de usar el jurista en su lenguaje técnico-jurídico, deben ser precisos porque la actitud contraria se ve reflejada en la enseñanza, en el aprendizaje, en la práctica forense y en las decisiones de los tribunales.

El ejemplo que di puede ser resuelto de la manera más fácil: Se juzga y sentencia al sujeto, si es que han sido integrados todos los demás elementos del delito y fue comprobada su responsabilidad, por un solo delito de homicidio, cometido por seis actos sucesivamente enlazados.

Aquí debe considerarse que el ilícito penal fue realizado por una sola conducta activa, compuesta por seis actos: Seis disparos de arma de fuego (delito plurisubsistente). La pluralidad de actos, únicamente debe influir en las circunstancias que nos sirven para individualizar la punibilidad.

Puedo decir además que entre uno y otro actos no existe un tiempo determinado que deba transcurrir dado que el delito continuado, por ejemplo, que está integrado por dos o más actos ficticios de la misma naturaleza, puede transcurrir en un lapso pequeño o en un periodo mayor e importa, tan sólo, que persista la unidad en el propósito delictivo.

Quiero concluir las explicaciones relativas al acto, anotando que una sola conducta puede quedar integrada con varios actos, de los cuales unos pueden ser activos u omisivos, algunos delictuosos y los otros jamás llegar a serlo.

Una conducta puede ser iniciada con un acto lícito y llegar a completarse con uno o más delictuosos. También puede suceder que comience con un acto constitutivo de delito y que concluya con otro u otros que no lo sean. Actos activos u omisivos, lícitos e ilícitos, pueden llegar a integrar una sola conducta.

El ejemplo es de lo más sencillo: En un delito de lesiones u homicidio causado por un atropellamiento culposo (con intención indirecta), el acto de conducir el automóvil no es ilícito penal inclusive conducirlo a alta velocidad, es solamente una infracción al Reglamento de Tránsito.

Empero, si con ese acto lícito se llega a atropellar a una persona y con ello se causan lesiones o la muerte, este último acto sí que reúne las posibilidades de llegar a ser integrado como delito y en este supuesto se daría una conducta compuesta por un acto delictivo y otro lícito (o ilícito no penal).

Caso distinto lo es, cuando el acto que compone a la conducta por sí solo puede constituir un delito independiente; por ejemplo, la portación de una arma prohibida y la muerte por disparo de arma de fuego, cuestión que debe ser resuelta atendiendo a las reglas del concurso de delitos.

(1) LOS EJEMPLOS LEGALES TOMADOS DEL CPF DE LAS FORMAS DE MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD.

CONDUCTA:	Art. 260º, delito-tipo de atentados al pudor: "Al que sin consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula".
HECHOS:	Art. 288º, delito-tipo de lesiones: "Bajo el nombre de lesiones se comprende no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa".
ACTIVIDAD:	Art. 400º, delito-tipo de encubrimiento: Fracción IV: "Al que adquiera a sabiendas ganado robado".
INACTIVIDAD PROPIA:	Art. 341º, delito-tipo de omisión de auxilio a atropellados: "El motorista, automovilista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete, que deje abandonada sin prestarle o facilitarle ayuda a la persona que atropelle por imprudencia o accidente".
INACTIVIDAD IMPROPIA:	Art. 302º, delito-tipo de homicidio: "Comete el delito de homicidio: Aquel que prive de la vida a otro". En la hipótesis de que se deje de prestar asistencia médica si existen el resultado material y la posición legal de garantía, el delito lo será de comisión por omisión.
ACTO:	Art. 244º, delito-tipo de golpes y otras violencias físicas simples: Fracción II: "Al que azotare a otro por injuriarle" "Uno o dos o más azotes, que serán sancionados como una sola conducta".

(87) LA CLASIFICACION DEL DELITO EN RAZON DE SUS FORMAS DE MANIFESTACION.

Considerando lo que expuse en inicios anteriores, con respecto a la manifestación de la voluntad al exterior, manejaré la siguiente clasificación:

- A) Los delitos de actividad o acción.
- B) Los delitos de inactividad u omisión propia.
- C) Los delitos mixtos.
- D) Los delitos dobles.
- E) Los delitos de conducta alternativa.
- F) Los delitos de actividad y doble inactividad.
- G) Los delitos unisubsistentes.
- H) Los delitos plurisubsistentes.
- I) Los delitos complejos.
- J) Los delitos habituales.

Aclaro que suprimí de la clasificación en orden a la conducta al delito de comisión por omisión, puesto que estará mejor ubicado en aquella que atiende a los resultados. Los doctrinarios penales en la teoría tradicional, añaden en este apartado las siguientes categorías:

- K) Los delitos de omisión mediante acción.
- L) Los delitos de omisión de resultado.
- M) Los delitos sin conducta, de posición, de sospecha o de comportamiento.

(a) LOS DELITOS DE ACTIVIDAD O ACCION.

El delito debe ser ubicado en esta clasificación cuando la descripción típica que lo contiene (en una norma penal común o especial), exija que para la integración de la conducta, la manifestación de la voluntad sea exteriorizada a través de un movimiento corporal, acción o conducta positiva.

Ejemplo: Art. 167º del CPF, delito-tipo de raptó: "Al que se apodere de una persona por medio de la violencia física o moral, o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico sexual o para casarse...".

(b) LOS DELITOS DE INACTIVIDAD U OMISIÓN IMPROPIA.

Esta clase de delitos existe cuando el tipo que los describe se colma en sus peticiones, en el momento mismo en que el sujeto activo omite realizar la acción esperada y exigida por la norma; es decir con la abstención del movimiento corporal, omisión o conducta negativa.

Ejemplo: Art. 176º del CPF, delito-tipo de omisión de una transmisión: "Al empleado de un telegrafo, teléfono o estación inalámbrica que conscientemente dejare de transmitir un mensaje que se le entregue con ese objeto, o de comunicar al destinatario el que recibiere de otra oficina... si no resultare perjuicio".

(c) LOS DELITOS MIXTOS.

Si en la petición del delito-tipo se exige que para su configuración se dé una acción o actividad y una omisión o inactividad concurrentes, se hablará de un delito mixto. Esta es la mezcla de una conducta positiva y otra negativa.

Ejemplo: Art. 279º del CPF, delito-tipo de bigamia: "...al que, estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga matrimonio con las formalidades legales". Se omite al no divorciarse o anular el matrimonio y se acciona al contraer matrimonio con las formalidades legales, nuevamente.

(d) LOS DELITOS DOBLES.

Cuando en la descripción normativa del delito-tipo se enuncia una conducta con carácter dualista, que bien puede consistir en dos acciones o en dos omisiones, el delito no estará configurado sino hasta que se realicen ambas formas de conducta. En esta hipótesis hablamos de un delito doble.

Ejemplo: Art. 250º del CPF, delito-tipo de usurpación de funciones: Fracción I: "Al que sin ser funcionario público se atribuya ese carácter y ejerza alguna de las funciones de tal". No basta con fingir ser servidor público, además se requiere fungir como tal, para cometer este delito.

(e) LOS DELITOS DE CONDUCTA ALTERNATIVA.

Esta clasificación aparece cuando se da el caso de que el delito-tipo enuncie varias formas de conducta, resultando que es suficiente para los fines de integrar el ilícito penal que se realice una sola de ellas. Lógicamente, la alternación de las conductas se refleja en la letra "o".

Ejemplo: Art. 209º del CPF, delito-tipo de apología de un delito o de un vicio: "Al que provoque públicamente a cometer un delito o haga apología de éste o de algún vicio...".

(f) LOS DELITOS DE ACTIVIDAD Y DOBLE INACTIVIDAD.

Tenemos que al delito puede incluirse en esta clasificación, cuando en la norma jurídico-penal que hace la descripción típica se encuentran enunciadas una actividad y una inactividad de carácter dualista y no quedan colmadas sus peticiones sino hasta que aparecen las dos.

Ejemplo: Art. 299º del CPF, delito-tipo de abandono de lesionados o enfermos, por el médico: "El artículo anterior se aplicará a los médicos que, habiendo otorgado responsiva médica para hacerse cargo de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente".

(g) LOS DELITOS UNISUBSISTENTES.

Como ya dije, cuando el delito es consumado en un solo acto de naturaleza activa (acción) u omisiva (omisión), debe llamársele unisubsistente. Esto no es obstáculo para que también pueda ser integrado con dos o más fracciones de conducta.

Ejemplo: Art. 288º del CPF, delito-tipo de lesiones: "Bajo el nombre de lesión se comprende no solamente a las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino a toda alteración en la salud que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa". (Verbi gratia: Una puñalada).

(h) LOS DELITOS PLURISUBSISTENTES.

En cambio, si la realización de la conducta activa u omisiva queda integrada por dos o más actos, le corresponderá la clasificación de delito plurisubsistente. Tampoco esta clasificación es óbice para que podamos hablar de un ilícito penal con un carácter unisubsistente.

Ejemplo: Art. 302º del CPF, delito-tipo de homicidio: "Comete el delito de homicidio: aquel que priva de la vida a otro". (Cuando la muerte, resultado material sea producida por dos o más disparos de armas de fuego).

(i) LOS DELITOS HABITUALES.

Estos delitos son entendidos como una realización de actos de la misma naturaleza, que por sí solos no pueden llegar a constituir un delito, sino que éste será integrado en el momento mismo en que todos esos actos hayan sido realizados.

Ejemplo: Art. 207º del CPF, delito-tipo de lenocinio: "Comete el delito de lenocinio, Fracción III. El que regentea, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casas de citas, o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga beneficios con sus productos".

(j) LOS DELITOS COMPLEJOS.

A diferencia de la clasificación anterior, estos delitos son integrados con una repetición de actos de la misma naturaleza que por sí solos constituyen un delito independiente, mas la ficción jurídica ha querido considerarlos como una sola infracción penal.

Ejemplo: Art. 265º del CPF, delito-tipo de violación: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con persona, sea cual fuere su sexo..."

(k) LOS DELITOS DE OMSION MEDIANTE ACCION.

En la opinión de MANZINI, autor tradicionalista, algunos delitos de omisión pueden ser cometidos en forma activa, "pues vale tanto hacer lo que se debe, como operar positivamente contra aquello que está prescrito, o realizar hechos positivos para eximirse del cumplimiento del deber". (353)

Hay que decir a este respecto, que la acción y la omisión son formas de conducta contrapuestas; por lo tanto, no pueden concurrir simultáneamente en la manifestación del delito. Un caso muy distinto lo es cuando el delito-tipo señala que la conducta se integra con la acción y con la omisión. (354)

Lo que dice MANZINI no resulta ser exacto, porque en el ejemplo que señala de realizar hechos positivos para eximirse del cumplimiento de una obligación, a la ley no le interesa qué es lo que el sujeto pueda hacer para dejar de cumplir con sus deberes, sino el incumplimiento de los mismos.

(1) LOS DELITOS DE OMSION DE RESULTADO.

Respecto a esta clasificación, PORTE PETIT explica: "Considero que así como en los delitos de omisión el sujeto debe realizar la acción esperada en virtud del deber de obrar, en caso de aceptarlos el sujeto debe llevar a cabo el resultado material esperado igualmente en razón de un mandato legal, que impone la producción del resultado". (355)

(353) MANZINI. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. p. 95. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1948.

(354) PORTE PETIT. Op. cit., en la nota (280), p. 372.

(355) Idem. p. 375.

No acepto esta división porque me parece de lo más absurdo, dado que en el caso de que sea realizada la omisión del resultado esperado y exigido por la ley, estamos en presencia de un delito de omisión. Además, no se explica si la categoría del resultado debe ser jurídica o material.

(m) **LOS DELITOS SIN CONDUCTA, DE POSICION, DE SOSPECHO O DE COMPORTAMIENTO.**

MANZINI nos habla de esta clasificación, al decir que "los delitos de sospecha son aquellos no permisivos ni censivos, en cuanto que no consisten en un hecho positivo ni negativo, sino simplemente en un estado individual, que por sí mismo no constituye infracción a ningún mandato o prohibición penal, sino que se es inculinado solamente por la sospecha que se despierta". (356)

Esta clasificación resultó ser más absurda que la anterior y supongo que a nadie puede sonarle lógica. Si se ha dicho que el delito queda integrado fundamentalmente con una conducta o hecho humano, mediante acción u omisión, no es posible que se acepte un delito sin conducta, como también se ha dado en llamar a esta modalidad.

Supongo que pudo haber sido válida en los tiempos de MANZINI; empero, en esta época nadie la aceptaría. Considerar esta clasificación del delito, equivale a violar de la manera más descarada el principio rector fundamental que dice *Nullum crimen sine conducta* (no hay delito sin conducta).

Por simples sospechas a nadie debe inculinarse, puesto que en la relación jurídica procesal-penal tienen que ser probados y comprobados todos los elementos del delito y la responsabilidad y, si no se hace, no puede haber consecuencias punitivas. Recordamos que el área no inculinada sigue siendo jurídicamente lícita o indiferente.

Es pertinente una breve aclaración: El delito puede quedar ubicado en una o más de estas clasificaciones, no es necesario que lo ajustemos a una sola; podrá tener todas las que su esencia admita, siempre y cuando las justifiquemos con razonamientos jurídicos.

Por ejemplo podemos hablar de un delito de conducta alternativa, cometido mediante una acción, con varios actos (plurisubsistente). La apología de un vicio, incitando al sujeto a que fuma públicamente marihuana, ofreciéndole un cigarrillo, lesionándolo y dañando sus propiedades.

(88) LA FASE INTERNA DEL ITER CRIMINIS.

En el momento en que hacemos referencia al iter criminis tenemos que recordar que la frase está compuesta por dos términos latinos, a saber: *Iter*, que significa camino o recorrido y *crimnis* que en nuestra lengua es tomado como delito, al menos en México en donde no existen los crímenes.

Atendiendo a las consideraciones anteriores, notamos que *iter criminis* quiere decir: "Camino del ilícito penal", "recorrido del crimen", "vida del delito", o bien "momentos del ente jurídico". La teoría tradicional del delito ha querido dividir su estudio en dos fases y su marco teórico es sistematizado al finalizar el análisis de los elementos y su aspecto negativo.

Se ha dicho que las fases del delito son: 1. La interna, que ocurre en la mente del sujeto desde el momento en que concibe la idea delictuosa, hasta que la manifiesta al exterior. 2. La externa, cuyo proceso es desarrollado en forma total en el mundo de la realidad exterior o fáctica.

JIMENEZ DE ASUA añade un momento más al camino del delito, al sostener lo siguiente: "El delito recorre un camino que tiene su punto de partida en un proceso interno. De aquí el estudio de dos fases: interna y externa. Ordinariamente, el hombre delibera y luego ejecuta. Sin embargo, a veces el sujeto, sin entrar en la fase de realización, produce una manifestación intermedia: incita a la rebelión, hace apología de un crimen, etc.". (357)

(356) MANZINI Obra citada en la nota (353) Ver también PORTE PETIT. Op. cit.

(357) JIMENEZ DE ASUA. Obra citada en la nota (330), p. 458.

En este apartado voy a ocuparme del área interna del recorrido del delito, en la cual los autores tradicionalistas han querido comprender tres momentos que son: a) Concepción o idea. b) Deliberación o lucha interna. c) Resolución de delinquir u orientación hacia el mal.

El ámbito interno de la vida del delito no es objeto de sanción, dado que en la ciencia jurídico-penal impera un principio rector fundamental, que nos dice: *Cogitationis poenam nemo patitur* (las ideas o los pensamientos no delinquen).

Eso quiere decir que la fase interna del iter criminis no es punible por sí sola, sino hasta el instante en que es completada con el momento externo, que es cuando el delito adquiere su objetividad jurídica. La idea delictiva se convierte en objeto de punición cuando es concretada.

Interesa el estudio del aspecto interno del camino que recorre el delito, para que la autoridad judicial, con base en los artículos 51º y 52º del CPF tenga los fundamentos necesarios para tasar la sanción, fijando así la punición, al atender a los mínimos y máximos y tomando en consideración las peculiaridades del proceso interno del delito y las del infractor.

De ordinario, en la doctrina tradicional fue estudiado el iter criminis en sus fases interna y externa, como un tercer momento de la teoría del delito la cual, como ya dije, se componía de tres aspectos, que son: a) aspecto positivo. b) aspecto negativo. c) formas de manifestación. (358)

A mí esta división no se me hace válida, porque considero que tanto en la teoría de escritorio como en la práctica en los foros, al camino del ente jurídico se lo debe analizar en forma concomitante al aspecto positivo, no antes de él ni tampoco después de que supuestamente ha quedado integrado.

No se me hace concebible que tengamos que esperar hasta que haya sido valorado todo el delito para saber, por ejemplo, si se trata de un grado de tentativa, de un delito continuado o de un concurso. Es más coherente, según mi punto de vista, ir integrando todos sus aspectos en forma conjunta.

El momento del iter criminis que es desarrollado en la mente del sujeto, que constituye la fase interna del delito, debe ser estudiado en cuanto se proceda a integrar al elemento subjetivo-material o conducta; concretamente, en la voluntad y la intención.

Por eso digo que la voluntad y la intención son, a su vez, el momento subjetivo de la conducta (elemento emocional o volitivo) y en ellas deben ser incluidas la concepción y la idea (previsión), la deliberación o lucha interna (entender) y la resolución u orientación hacia el mal (querer).

En la concepción, que es el momento en que surge en la mente de la persona la idea de delinquir, se está previendo, a la vez, las consecuencias que ella traerá; en la deliberación o lucha interna, el sujeto trata de entender los efectos que serán producidos con su conducta y en la resolución u orientación hacia el mal, se decide a llevar a cabo la realización de su voluntad, completando el proceso volitivo.

Hay que entender que este proceso no va cumpliendo sus pasos en forma religiosa; puede suceder que se altere uno de ellos o que todos se completen en desorden; empero, la sistemática adoptada es una cuestión didáctica para comprenderlo y analizarlo como debe ser.

Sobre todo con las personas que están incapacitadas para comprender la ilicitud de su conducta, que es donde surgen mayores problemas para analizar la fase interna del iter criminis, porque hay que recordar que no tienen posibilidad de realizar un proceso intelectual o cognoscitivo.

(89) LA VOLUNTAD SIMPLE.

Mi primera intención era construir una teoría del delito con parámetros puros de normatividad o de juridicidad, alejándome del balance acostumbrado de repetir en forma constante el pensamiento de los demás autores, y sobre todo las concepciones que forman parte de la corriente criminológica.

Aunque en un tema tan trascendente como el que voy a abordar en este inciso, no puedo hacer menos que matizarlo con algunos principios de corte netamente sentimental o, mejor aun, de calidad humana, coloreada por un sentimiento de comunidad entendido a la manera del gran ADLER. (359)

Hablar de los inimputables (yo los llamo incapaces porque el otro término nunca me ha gustado), significa conocer bien la situación problemática (que está viviendo nuestra sociedad, con el sistema jurídico-penal, que a ellos no les otorga garantía alguna y si vulnera sus derechos en forma plena. (360)

Es muy cierto que una persona incapaz está anatómico-fisiológicamente imposibilitada para realizar procesos intelectuales o cognoscitivos, aunque en el aspecto emocional o volitivo, no lo está, porque es bien real que quiere asumir determinados comportamientos y más aun, que siente determinadas actitudes.

Sus padecimientos mentales por lo general son incurables y por ende permanentes y no considero justo que además de llevar esa carga la sociedad se ensane con ellos y los confine en un lugar seguro (para el núcleo solamente), sin tenerles algún miramiento de piedad.

A mi me parece que una legislación penal debe tener como una de sus funciones más importantes la de garantizarle al individuo el goce de sus derechos (aunque sea incapaz). porque así como impone obligaciones erga omnes, debe otorgar garantías para todos, no importa si son menores o adultos, capaces o incapaces.

Esto lo digo porque me parece increíble que un sistema jurídico-penal que adopta una actitud de estudio paternalista con los delinquentes capaces, no haga lo mismo con los incapaces que tal vez lo necesitan en mayor grado, dadas sus deficiencias mentales que les impiden comprender y/o conducirse adecuadamente.

Para un delincuente "normal" todas las canonjías, todos los beneficios: Tienen alojamiento gratuito en un hotel que cada vez posee más estrellas, a costa desde luego, de los ciudadanos que no delinquen. Lo más deplorable es que entre ellos se encuentran las mismas personas a quienes el infractor ofendió.

Tanto los incapaces de comprensión y conducción adecuadas, como los ofendidos, han visto vulnerados en toda su magnitud los derechos que, supuestamente, les garantiza la Constitución Política. Los unos son encerrados sin que se les siga justo proceso y los otros se quedan con la ofensa a sus bienes jurídicos. (361)

La cuestión de los ofendidos por el delito es un tema aparte y lo trataré posteriormente. (362) Lo que me importa hacer resaltar es que la justicia penal ha sido de lo más injusta con los incapaces, porque éste es un problema que debe preocupar a cualquiera que tenga un poco de sensibilidad.

(359) ADLER. Superioridad e Interés Social. (Una Colección de sus Últimos Escritos). Compilados por ANSBACHER y R. ANSBACHER. Fondo de Cultura Económica. México, 1968.

(360) No es la primera vez que me preocupo por analizar el tema. Al respecto, MEDINA HERRANDEZ. ¿Qué hace la Justicia Penal por los Inimputables? Tesis del Curso de Derechos Especiales de Protección. Cursos de Doctorado. División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1987.

(361) La supuesta "reparación del daño" nada repara, porque es gracias a las promociones del Ministerio Público, como se absuelve al sentenciado y cuando se le condena, lo que le toca al ofendido o a sus causahabientes es para reírse.

(362) INFRA. Sección Cuarta.

Que me digan: ¿Cuál es el fundamento jurídico para aplicarle a los incapaces una medida de seguridad? Verdaderamente no lo encuentro en las garantías penales de la Constitución, así como tampoco lo hallo muy adecuado en el Código Penal; porque, el total de inimputables encerrados es de doscientos cincuenta, en un pabellón "especial" del Reclusorio Sur. (363)

Algunos de ellos tienen suspendido indefinidamente su proceso y otros, ni siquiera han gozado de él. Más de uno está purgando o sentenciado a una "medida de seguridad" sin duración limitada; un caso muy especial es el de un "loquito", que sobrepasa los treinta años de edad y está a disposición del Consejo Tutelar para Mujeres. (364)

Esta actitud, ¿es digna de un "Estado de Derecho"? ¿Hay fallas en la justicia penal? Mi lógica se hace conjeturas que no y que sí, respectivamente. Empero, ¿cómo probarlo? ¿De verdad será válido el fundamento de la "seguridad social" para mantener confinados a los incapaces, con un supuesto "tratamiento" que no se les da?

En los principios del Derecho Penal clásico se dijo que los inimputables (personas con perturbaciones mentales permanentes), eran ajenos al área de lo punitivo, porque no poseían capacidad de querer y entender; es decir, que estaban impedidas para procesos volitivos y cognoscitivos y no podían ser responsables morales.

La mayor falla de la Escuela Positiva Italiana del Derecho Penal (MARRI sobre todo), fue la de no haber podido encontrar un fundamento jurídico para imponerle a los inimputables una medida de tratamiento especializado (ellos la llamaron "de seguridad"), porque el de la peligrosidad es un criterio incierto, que resulta insuficiente. (365)

Así, sin tener un basamento jurídico o legal, ni mucho menos legítimo, sino con una estructura retentada social de un paternalismo mal entendido, a los inimputables les son conculcados todos sus derechos fundamentales y se les somete a un encierro inútil y a todas luces tormentoso. (366)

Si ahora se habla de un "Derecho Penal humanitario", de un "Estado de Derecho", del "respeto íntegro a los derechos individuales", de "un trato digno para el delincuente" y de muchos "ensueños" estúpidos más, ¿podemos permitir que el inimputable siga siendo tratado como una bestia?

Hay muchos agujeros oceánicos (no lagunitas) en la teoría de la inimputabilidad y su aspecto positivo. Aquel absurdo de que los inimputables eran incapaces de querer (y hasta de sentir), quedó ampliamente superado con la postura que adopta el finalismo, porque se ha demostrado que es perfectamente posible que realicen procesos volitivos.

WETZEL afirma que el inimputable es capaz de obrar dolosamente y, si está en posibilidad de querer y darle cierta intensidad a sus procesos volitivos, por lógica puede cometer delitos y así parece anulado un error más: La Escuela Clásica y la Positiva dijeron que no era posible que cometieran actos delictuosos.

Luego, si no tiene capacidad delictuosa, es de sentido común que no puedan cometer la conducta tipificada en algún Código Penal, a las cuales se las regula con los principios de la Parte General que sirven para integrar los delitos, y no deben serles aplicados esos postulados.

(363) Datos proporcionados en septiembre de 1967 por el licenciado FRANCISCO BARRERA, encargado de llevar el aspecto administrativo de los inimputables en el Reclusorio Sur.

(364) Las estadísticas exactas, comprendidas en los registros administrativos en forma personal, se encuentran en: MEDINA HERRANDEZ. Obra citada en la nota (360).

(365) Al menos en nuestro país, la peligrosidad resulta una peregrinada, porque funciona para inimputables y para imputables; en ambos casos la utiliza el juzgador para individualizar la pena o para "justificar" una medida de seguridad, y en pocos supuestos es realizado un verdadero estudio psicossocial para comprobar las peculiaridades del sujeto.

(366) Tengo conocimiento de que el único "tratamiento" que reciben los inimputables es a base de "cheques" (pastillas), para mantenerlos en calma. ¿En dónde la quedó la moderna criminología?

Si no los rige el Código Penal mucho menos pueden ser sujetos pasivos de una relación procesal-penal, ten base a que van a ser juzgados? Nuestro CPF y el CFPF hablan de un supuesto "procedimiento especial". (367)

Ese "procedimiento especial" consiste más o menos en lo siguiente: Cuando la autoridad judicial se da cuenta de que el sujeto falla en sus facultades mentales, suspenderá el proceso ordinario hasta que compruebe su sospecha, con peritajes médico-psiquiátricos.

Después declarará la apertura de ese "procedimiento especial" y juzgará los hechos a su libre arbitrio, sin que sea necesario que se ajuste a los parámetros ordinarios y sentenciará en el sentido de que sonete al inimputable a una "medida de seguridad", la cual afortunadamente ya no tiene una duración ilimitada en el Código Penal. (368)

Esto no suele funcionar en la realidad, ya que la suspensión del proceso es indefinida porque el peritaje tarda mucho en efectuarse y aquello de que la "medida de seguridad" ya no tiene una duración ilimitada tampoco es cierto, puesto que, aunque el sujeto haya sido concurgado, permanece encerrado en el lugar en el cual cumplió su sentencia. (369)

Para tratar de superar todas estas injusticias de que han sido víctimas las personas incapacitadas mentalmente, en forma permanente, procuré buscar un tratamiento jurídico para ellos, que fuese similar al de las capaces; desde luego puede tener sus fallas, aunque recuérdese que esto es solamente el inicio, y sequiré intentándolo.

En primer lugar voy a considerar a los inimputables como antes capaces de cometer delitos, tomando en cuenta que es posible que realicen conductas voluntarias y puedan darle una intensidad dolosa al acto de su voluntad. Por supuesto, su proceso volitivo es distinto del de los capaces, dado que el intelecto les falla.

Analizando en forma detallada cada uno de los elementos que integran al delito en el sistema del sincretismo penal, podemos darnos cuenta de que los inimputables están en posibilidad de cubrir cada uno de los requisitos que los estructuran, con sus consabidas diferencias en algunos momentos.

Lo mío no es una locura, PORIE PETIT me enseñó, por ejemplo, que las causas de licitud o justificación (como él las llama), pueden favorecer a los sujetos inimputables y si esto ha sido considerado como válido, ¿por qué razón no podrían ser beneficiados con una ausencia de conducta o con una hipótesis de atipicidad?

En mi concepto, el elemento subjetivo-material o conducta exige, para quedar integrado, lo siguiente: 1. Una forma externa de manifestación de la voluntad. 2. Un acto de voluntad. 3. Una cierta intención. 4. Un resultado. 5. Una relación de causa a efecto entre la conducta y el resultado.

Con toda intención dejé para lo último al acto de voluntad, porque es el elemento de la conducta que difiere, según se trate de una persona con capacidad de comprensión o sin ella y además, porque es el tema rector del inciso que desarrollo y el que le da su nombre. Para este efecto, la voluntad se diferenciará en Simple y consciente.

(367) Ese procedimiento especial es extrajurídico, aunque tenga un fundamento legal.

(368) Se habla de que no pueda durar más del límite máximo de la pena que corresponda al delito-tipo de que se trate en el caso concreto.

(369) El índice real de las estadísticas marca lo siguiente: Mujeres procesadas: 9, inimputables declaradas: 19, con proceso suspendido indefinidamente: 9, concurgadas a disposición de la Secretaría de Salud: 5, sentenciadas: 1, subtotal: 43. Hombres procesados: 54, inimputables declarados: 86, con proceso suspendido indefinidamente: 22, concurgados a disposición de la Secretaría de Salud: 16, sentenciados en apelación: 9, con sentencia firme: 17, no responsables: 2, a disposición del Consejo Tutelar para Menores Infractores (con treinta y cuatro años de edad): 1, subtotal: 207; total: 250 inimputables maltratados jurídicamente. Los datos me fueron proporcionados por el Licenciado FRANCISCO BUENDIA, encargado administrativo de los pabellones 1 y 2 (destinados a concurgar medidas de seguridad) del Reclusorio Sur, en el mes de septiembre de 1987 y los corroboré en forma personal en los archivos de la institución.

En mi opinión, actúan con voluntad simple las personas que sufren un padecimiento mental de naturaleza permanente, que les impide conocer el carácter ilícito de su conducta; es decir, realizar funciones intelectuales o cognitivas, lo cual las imposibilita para realizar una conducta con voluntad consciente.

Nótese que es algo muy importante, no completo mi definición con la frase tradicional que dice: "Y de concluirse de acuerdo con esa comprensión", porque es obvio que si no se ha comprendido, el incapaz no puede actuar en consecuencia. Además, a la conclusión la ubico en la culpabilidad, como exigibilidad.

No hay más que decir, es claro que el inimputable no puede tener conciencia de la ilicitud de su conducta; es decir, que está impedido para conocer la relevancia que ese acto de voluntad tendrá en los mundos de la realidad de hechos y de la juridicidad, y sin embargo puede cumplir con todos los demás requisitos del elemento subjetivo-material o conducta.

Es lógico suponer que las únicas hipótesis de ausencia de conducta que podrían beneficiarlo son las siguientes: Carencia de manifestación de la voluntad, algunos de los actos involuntarios, la ausencia del resultado y la imposibilidad de relacionar a éste con la conducta.

No hay obstáculo para que el incapaz de comprensión pueda ser favorecido por alguna de las hipótesis de la atipicidad y de la justificación, aunque en el último de los elementos del delito, en mi concepto (el normativo o culpabilidad), también ha de darse un tratamiento especial dado que no puede cubrir los tres momentos que lo integran. (370)

Es menester que aclare que las hipótesis de ausencia de conducta que están fundamentadas en la inconsciencia no rigen para los incapacitados mentales permanentes, aunque esto lo trataré en el inciso respectivo. (371) Habrá de otorgarle la importancia que merece, para que los inimputables tengan un tratamiento jurídico adecuado.

Obviamente, mi teoría acerca del tratamiento de los inimputables desde el punto de vista jurídico-penal tiene que ser regulada en forma especial a la luz de la perspectiva procesal-penal, con reglas del procedimiento adecuado (ya elaboro el catálogo respectivo) y debe ser comprobada en la práctica forense. Al menos le auguro una disminución de injusticias.

(90) LA VOLUNTAD CONSCIENTE.

Una conducta considerada en su integridad se compone de cinco momentos decisivos, que son: 1. Las formas de manifestación. 2. La voluntad consciente. 3. La intención o intensidad de la voluntad. 4. Los resultados. 5. La relación entre la conducta y el resultado.

Como podrá observarse, en mi concepto las personas con plena capacidad mental realizan una conducta que no es solamente el aspecto objetivo, material o físico, tampoco es subjetivismo puro ni simplemente causalidad o finalidad. Mis "conductas completas" son sincréticas.

El comportamiento humano que llegue a motivar el interés penal nada más podrá ser estructurado si se toma como basamento a la suma de estos cinco aspectos, puesto que de muy poco nos serviría la presencia de uno solo de ellos, ante la ausencia de los demás. Recordar que la voluntad es diferente en los capaces y en los incapaces.

En la doctrina tradicionalista del delito se oye decir que "la conducta no es un hecho puramente físico, ni un hecho puramente psíquico, sino un hecho contemporáneamente físico y psíquico", en la voz que expresa el pensamiento atinado de JIMÉNEZ HUERTGA. (372)

(370) INFRA, Sección Segunda
(371) Idem.
(372) JIMÉNEZ HUERTGA, Op. cit.

En el número (86) de este trabajo he hablado de las formas externas de manifestación de la conducta delictiva. Dije que ésta comprende a la conducta sensu stricto, al hecho, a la actividad o acción y a la inactividad u omisión y que todas pueden integrarse con uno o varios actos. (373)

Todas las especies en que puede ser manifestado el elemento subjetivo-material o conducta, tienen una nota que hace las veces de común denominador: El proceso psicológico, que comprende al acto emocional o volitivo y al intelectual o cognoscitivo (para las personas capaces, las incapaces sólo realizan procesos volitivos).

JIMENEZ HUERTA ha dicho: "La voluntad es el solo elemento con el que esencialmente se manifiesta, en el singular acto, la personalidad del sujeto." (374) Esto es que cada conducta, aunque sea realizada en la misma forma y conlleve el mismo resultado, será diferente atendiendo a muchas peculiaridades.

BETTIOL hace hincapié en la cuestión de que si se quiere hacerle a un sujeto referencia de ser suya la conducta, se precisa de que el movimiento corporal que la compone sea producto de su voluntad. (375) Resaltando la importancia que tiene el elemento emocional o volitivo en el comportamiento humano y en el delito.

En fin, MEZGER nos dice que la conducta se fundamenta en un acto concreto de voluntad, interno, anímico, por el cual el agente se coloca asimismo como causa de la realización de un resultado que se ha representado. (376)

La conducta que es estudiada en la ciencia jurídico-penal forzosamente ha de provenir de la voluntad manifiesta de un hombre capaz o incapaz y en el primer caso debe ser consciente y ser la causa del resultado puesto penalmente en relieve. Un sujeto plenamente capaz actúa en forma voluntaria y consciente.

Es una regla que el sujeto piense antes de actuar, sólo así puede cobrirse la existencia de la finalidad. Antes de que se decida restar al curso de la causalidad, el hombre medita, se propone objetivos y estudia la mejor manera de llegar a la consecución de sus fines.

Esta premisa ha dado la pauta para que el iter criminis (camino, vida o momentos del delito), sea dividido para su estudio en dos fases: La interna y la externa (psíquica y material). La primera es desarrollada en la mente humana y principia con la idea del delito, para finalizar con la decisión de llevar a cabo la conducta que el individuo se ha representado.

La fase externa del iter criminis, en cambio, ocurre en el mundo de los hechos desde que el ser humano empieza a seleccionar materialmente los medios para ejecutar su decisión (preparación del delito), hasta que logra consumir los objetivos propuestos por la voluntad de concreción.

Uno de los momentos de la fase interna del camino del delito lo es la voluntad consciente, a la cual para poder estudiarla en su integridad la descompondré en tres momentos básicos, que son: El acto de previsión o la no previsión, el querer o elemento volitivo de la conducta y el entender o momento cognoscitivo.

El delito es básicamente la manifestación de la voluntad humana, que por medio de uno o más actos da lugar a una acción u omisión que, a su vez, puede integrar una conducta o un hecho. En el acto de previsión, el hombre idea y delibera las formas en que va a externar su voluntad.

El acto volitivo, de acuerdo con la ley, puede dar lugar a un delito de mera conducta o de resultado material. La voluntad consciente adquiere mayor trascendencia, cuando su intención se dirige a la realización de la conducta, lo mismo que a la producción del resultado.

(373) SUPRA. Capítulo segundo. Número (86). Las Formas de Manifestación de la Voluntad.

(374) JIMENEZ HUERTA. La Conducta Humana. p. 1. Revista Criminalia.

(375) BETTIOL. Derecho Penal. Palemo 1955.

(376) Cfr. MEZGER. Tratado de Derecho Penal.

El hecho o resultado material puede ser previsto, querido y entendido, o bien no reunir estas características. Esto quiere decir que en el hecho puede haber voluntad y conciencia dirigidas a la acción u omisión e involuntariedad e inconsciencia con respecto a la mutación en el mundo exterior.

Este es el proceso subjetivo que de ordinario se halla presente en el delito y su ausencia provocará que se anule el ente delictivo para el mundo de la juridicidad; es decir, que la conducta dejará de activar el interés punitivo y cesará en todos sus efectos la pretensión punitiva estatal.

El tipo de momentos, en los delitos que son producidos con intención directa (dolosa), se refiere tanto a la realización de la conducta como al o a los resultados que con ella se han de producir. Se da una previsión, aunque sea fugaz, el querer realizar y la consciencia de la ilicitud de la conducta.

En los delitos cometidos con intención indirecta (culposos), se avoca solamente a la ejecución o inexecución de la conducta (lícita o ilícita, atípica, desde luego) y el o los resultados se producen como consecuencia de que entren en juego los factores naturales, animales o humanos ajenos al agente.

Un caso distinto es cuando los tres momentos a los que me refirió se integran en el delito cometido con intención mixta (preterintencionalidad), ya que van dirigidos a la conducta y a causar un resultado típico menor que el que se produce; el resultado mayor que hace acto de presencia, se ocasiona como motivo de la causalidad natural, animal o humana ajena al infractor.

(a) LA PREVISION.

La primera noción que se pueda tener del delito es realizada en la mente del hombre y principia con la idea delictuosa, que lo conducirá sin remedio a un acto de previsión. Debo aclarar que el prever no puede ser plenamente valorado, habida cuenta de que la previsión (idea) es intangible.

El valor jurídico que le es otorgado a un acto de previsión debe ser hecho sobre la base de un juicio de referencia. Es decir, que se le ha de evaluar jurídicamente, refiriéndonos a lo que podría ser fácilmente previsible para una persona con diligencia, con prudencia, que actúa cuidadosamente, que observa en grado normal o, como dirían los romanos, a un "buen pater familias".

Según la Academia, la previsión es el acto y el efecto de prever. El vocablo proviene del término latino *providere*, que significa "voz con anticipación." La falta de previsión puede deberse a efectos de atención, de precaución o de imaginación, o al desconocimiento de las leyes de la naturaleza.

Se dan, según esto, dos clases de previsión: La primera existe de manera potencial en todos los sujetos y, atendiendo a sus características personales y a la situación imperante, se manifestará en un acto, que es la segunda forma. Este segundo momento en el proceso de prever, es lo que se toma en cuenta para la valoración jurídica.

En principio todos los hombres tienen un potencial para prever, que está en relación directa con sus características personales y peculiares. Cuando la potencia se transforma en acto, la previsión se presenta de acuerdo a la personalidad de cada uno y es entonces cuando nos interesa para analizarla.

Para lograr integrar una conducta de relieve en el área de lo penal, la previsión está relacionada íntimamente con la intención, que es otro de los momentos del elemento subjetivo-material; cuando ésta es directa (dolosa), se parvan la conducta y los resultados; es decir, los efectos que ella puede provocar en los mundos jurídico y material.

En los casos en que se actúa con intención indirecta (culpa), la previsión se da dirigida hacia la conducta y el resultado, puede o no ser previsto. Lo que es sancionado en estos casos es el incumplimiento del deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales hacen que sea exigible a cada uno.

En la intension mixta o preterintensional, se prevén la conducta y el resultado típico menor que no llega a producirse y el resultado material mayor también prohibido en una norma y que si ocurre como consecuencia de una conducta culposa, puede o no haber sido previsto.

Se ha dicho que en ocasiones el acto de previsión no es exigible y así, se habla del caso fortuito, al cual se le consideró en la doctrina tradicional como la no previsión de lo imprevisible y fue estimado como el límite de la culpabilidad psicológica. (377) Se trata de que el sujeto no previera lo que acontecería al cumplirse una ley natural.

Pienso que esto es inexacto, porque el *casus* puede tener un mínimo de previsión, en una hipótesis de extremo cuidado, o bien puede ser que efectivamente no exista ese momento, aunque ocurre que en estos supuestos el resultado no debe serle atribuido al sujeto, porque cuando entran en juego las fuerzas naturales o animales ninguno podrá evitar el resultado.

No hay delito en el caso fortuito, porque el cumplimiento del deber que emana de la norma y todas sus disposiciones están destinados a regular la conducta del hombre común y corriente y el área jurídico-penal no rige para los "super-hombres". Se exige lo normal.

Quando el sujeto no prevé lo que para cualquiera sería imprevisible o no prevé lo necesario para evitar lo que de suyo es inevitable, estamos en presencia de una hipótesis de ausencia de conducta, porque el acto volitivo no puede ser matizado con alguno de los grados que tiene la intension de la voluntad.

Irremediablemente, el prever nos lleva a querer realizar la conducta o a querer evitar, bien sea la conducta o la conducta y el resultado. Si se ha previsto o representado en la mente el comportamiento y las consecuencias que puede tener, se puede decidir si se quiere o no consumir su realización.

Quando el sujeto ha previsto los resultados que puede tener su conducta activa u omisiva y no se abstiene de desplegarla, para lograr proveer lo necesario, para evitar lo que es evitable, será responsable de todo aquello que se produzca con su comportamiento.

Si el acto de previsión está en maridaje con la capacidad intelectual del sujeto, la evitación de la conducta y de la producción del resultado se halla en la misma relación con la capacidad física. El hombre puede prever y evitar, en la medida en que sea capaz de comprensión y de conducción adecuadas.

A la falta de previsión se la ha llamado también "falta de representación" o de "consciencia." Para mi gusto esta consideración resulta inexacta, la consciencia está referida únicamente al tercero de los momentos de la "voluntad consciente": El entender. Lo de la falta de representación si lo acepto. Entonces una previsión ausente puede ser también falta de representación, pero de consciencia, nunca.

Es evidente que el querer no debe ser identificado con el entender; prever tiene nada más la significación de representarse, conjeturando por señales o indicios, lo que es posible que suceda, imaginándolo. El querer nos lleva a presumir que tal o cual cosa puede pasar, sin que sea necesario que la entendamos.

En la tradicional teoría del delito, la previsión era uno de los elementos de la segunda modalidad de la culpabilidad, o sea la culpa o intension indirecta. No se hacía referencia a ella en los delitos cometidos con dolo o intension directa, porque en ellos se presuponia un proceso intelectual íntegro: El cognoscitivo, entendido como entender o aceptar.

Para efectos de mi reestructuración del delito en su elemento subjetivo-material o conducta, la previsión va a ser tenida como uno de los requisitos de la voluntad consciente que es, a su vez, parte integrante del primero de los elementos del ente jurídico.

(377) PORTE PETIT gusta de dar esta definición del caso fortuito en sus cátedras. Ella es incluida y aceptada como el límite de la culpabilidad en el psicologismo.

Quiero hacer notar, como excepción, que la falta de previsión o representación no va a servirnos para anular al elemento subjetivo-material o conducta en su voluntad consciente, habida cuenta de que los resultados pueden o no haber sido previstos, aunque sí queridos o aceptados, dirigiendo esa voluntad consciente con determinada modalidad de la intención.

El acto de previsión no implica que forzosamente hayan sido entendidos los resultados (al comportamiento como ilícitos; la comprensión de la ilicitud de la conducta también pertenece a la voluntad consciente, aunque se hallan separadas, habida cuenta de que el prober, el querer y entender se complementan).

Considero que en determinados casos la previsión puede serle exigida al sujeto; esta exigencia se basa en el simple hecho de que al obrar, toda persona debe hacerlo con cautela, viendo con anticipación los efectos que pueden ser producidos con su comportamiento y así tratar de evitarlos.

Esto se llama "observancia de un deber general de cuidado" y las leyes lo imponen ena *comas* (para todo el género humano). El deber de cuidado es para cualquiera y siempre debe ser observado al actuar; más vale, creo yo, pecar de precavido que producir resultados funestos y sufrir sus consecuencias.

La violación del deber general de cuidado adquiere mayor relevancia en los delitos cometidos con intención directa (dolosos), como podrá comprobarse cuando más adelante hable de la intención; aunque generalmente se incluído como uno de los elementos del actuar culposo (con intención indirecta).

(c) EL QUERER.

El segundo momento de la voluntad consciente lo es el volitivo, emocional o querer, que anteriormente la teoría tradicional del delito había considerado como uno de los elementos integrantes del dolo, al lado del proceso intelectual o cognoscitivo, o como componente de la culpabilidad.

Un delito no es tan sólo el puro deseo, sino también la manifestación de la voluntad para producir una conducta y su resultado. Entiendo que el querer se da tanto en los ilícitos penales cometido con intención directa (dolosos) como en los de indirecta (culposos) y mixta (preterintencionales), aunque con características diferentes en cada uno.

MASSARI nos dice: "Como es notorio, el delito no es un mero antojo, veleidad o deseo de un suceso antijurídico, ni sólo determinación, tendencia o impulso al suceso mismo; es voluntad que actúa, impulso que se exterioriza, pensamiento que desemboca en una conducta. Es praxis, comportamiento, actividad o ejecución". (378)

Al área penal no le interesa simplemente lo que el hombre quiere o deja de hacer sino, más aún, lo que ejecuta después de haberlo querido, lo que exterioriza y produce lesión, destruye, hace peligrar o controvierte un derecho que se relaciona con los mandamientos que integran sus postulados.

JIMÉNEZ HUEVEDA ha dicho: "Un comportamiento humano es tan trascendente para el Derecho Penal en cuanto plasma una conducta que deja sentir su impronta en el mundo exterior. No son conductas relevantes para el Derecho Penal los actos que se desvuelven en el ámbito de la consciencia, sean pensamientos, deseos, propósitos o voliciones". (379)

Este mismo autor concluye: "El delito es siempre un acontecimiento que se realiza en el mundo exterior; el acto psíquico que no se traduce en un comportamiento externo, esto es en un quid exterior, no es jamás punible." (380)

Del momento volitivo o emocional de la voluntad consciente (querer), la teoría tradicional no se ocupó en forma exhaustiva al tratar al primero de los elementos de nuestro ente jurídico. Aun cuando se decía que la conducta debería ser voluntaria, a la volición no se la comprendía en el estudio del comportamiento.

(378) MASSARI. El Momento Ejecutivo del Delito. p. 100.

(379) JIMÉNEZ HUEVEDA. Op. cit.

(380) IDEM.

En cambio, cuando se trataba de explicar las hipótesis de ausencia de conducta si se decía que ésta tenía que ser involuntaria. La imputabilidad siempre fue considerada como la capacidad de querer y entender y, a pesar de que estos dos requisitos estaban relacionados con la conducta, no eran explicados en el primer elemento del delito.

Cuando se aludía a la inimputabilidad, con evidente desatino se creía que los inimputables eran incapaces de querer. No llegaron a darse cuenta de que la imposibilidad de realizar procesos volitivos traía consigo la incapacidad de realizar conductas de relevancia penal.

Debemos reconocer que todas las personas tienen esa capacidad de querer, como después lo afirmó el finalismo, y que solamente los incapaces mentales permanentes carecen de capacidad de entender. Como ya les hablé de la voluntad de los incapaces, (381) no haré referencia a la volición simple sino nada más a la consciente.

Comprendo que lo que antes era considerado como inimputabilidad está entre los componentes del elemento subjetivo-material o conducta, el primero del delito. También en la culpabilidad psicológica se hablaba del querer como uno de los elementos del dolo, y así se decía que estaba integrado con dos momentos: Volitivo o emocional (querer), e intelectual o cognoscitivo (entender).

El proceso volitivo (la voluntad o el querer), en el dolo era dirigido hacia la ejecución de la conducta y a la producción del resultado típico jurídico y/o material. Este momento también comprendía a la aceptación (en el dolo eventual) de los resultados que había producido la conducta.

Nuestro CPF dice en su reformado artículo 9o. "Obra intencionalmente (dolosamente) el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley". Comprende: El momento intelectual (conocer), el volitivo (querer o aceptar), el dolo directo (querer) y el eventual (aceptar).

También se mencionó en la culpa a la voluntad, aunque solamente se requería que fuera dirigida a la realización de la conducta (atípica, pienso yo) y el resultado era producido como consecuencia del incumplimiento de un deber general de cuidado, exigible en la medida de la circunstancias y de las condiciones personales del sujeto.

En el mismo artículo 9º del CPF se define así a la culpa: "Obra imprudencialmente (culpablemente) el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponen". Alude en forma incorrecta a la imprudencia, que es una de las formas en que puede incumplirse el deber.

La esencia de la culpa en este concepto, que comprende tanto a la culpa consciente como a la inconsciente, radica en la violación del deber de cuidado, que es impuesto en forma general y exigible de acuerdo con las circunstancias imponentes y las características peculiares del sujeto.

Si la preterintencionalidad, en la teoría psicológica de la culpabilidad (para quienes la aceptan) es una mezcla o maridaje de dolo y culpa (dolo en el inicio y culpa al final), la voluntad o querer también quedaba comprendida en ella, dado que el dolo y la culpa la necesitan para quedar integrados.

El artículo 9º del CPF, en el párrafo final, expresa: "Obra preterintencionalmente, el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia" (culpablemente). Según lo entiendo, en esta definición legal sale sobrando la inclusión del dolo eventual (aceptar el resultado menor).

No es concebible que pueda hablarse de la aceptación de un resultado que no aparece. En la preterintencionalidad únicamente deben concurrir el dolo y la culpa (directo, el primero). Habrá un delito con exceso en el fin, en los siguientes supuestos: Dolo directo más culpa con representación y dolo directo más culpa sin representación.

Vamos a ver entonces que el proceso volitivo o emocional (querer) es indispensable para que se integre el comportamiento humano que pueda motivar el interés penal. En su ausencia será imposible que configuremos el elemento subjetivo-material o conducta, motivando así que el delito no pueda nacer a la vida jurídica.

A este principio se lo apareaja con una excepción: En los delitos que son cometidos con intención directa de segundo grado (dolo eventual), se puede prescindir del querer en el resultado, siempre y cuando éste sea aceptado por el sujeto en el momento en que se produzca en la realidad fáctica.

Aunque aparezca este supuesto, la ausencia del querer solamente estará en relación con los resultados, porque la conducta sí debe ser querida y si no llegáramos irremediablemente a la presencia de una de las hipótesis que anulan al elemento subjetivo-material y que producen la inexistencia del delito.

En cierta medida, el proceso volitivo o emocional (querer realizar la conducta) se encuentra relacionado con el propósito o la finalidad; digamos que el querer se manifiesta en el deseo de llegar al logro de un objetivo prefijado, que se concreta al momento en que se produce el resultado ilícito.

Recordando lo que hemos analizado hasta el momento, la voluntad consciente opera para las personas capaces de comprender la ilicitud de la conducta y se integra con tres momentos básicos: Previsión o no previsión, querer o aceptar y el entender, faltándonos el análisis de este último.

(d) EL ENTENDER.

A este componente del elemento subjetivo-material o conducta, se le tenía como uno de los requisitos de la definición tradicional de la imputabilidad; ahora lo comprendo dentro de los elementos de la voluntad consciente, que es a su vez parte integrante del primero de los elementos del delito.

El término entender viene del latín *entendere* que significa: Tener idea clara de las cosas, comprenderlas, saberlas a la perfección, mostrar voluntad de hacer algo, o bien tener un motivo o una razón oculta para obrar de cierta manera, según la Academia.

Está por demás comentar que en el proceso intelectual o cognoscitivo de la voluntad consciente, o simplemente entender, se encuentra la manera potencial, y puede ser traducido en un acto de comprensión y que está relacionado de manera directa con la capacidad intelectual de la persona.

El entender o comprender, si que falta en los sujetos que tienen un escaso desarrollo mental o ausencia de él. Así vemos que los individuos que son considerados como inimputables carecen de esa potencia de entendimiento y mucho menos pueden traducirla en un acto de comprensión.

La ausencia de capacidad de entender anula la consciencia de la voluntad y da lugar a varias hipótesis del aspecto negativo del elemento subjetivo-material o conducta, como lo son: El trastorno mental transitorio, el trastorno mental permanente y la falta de desarrollo mental, siendo válido únicamente el primero.

El trastorno mental permanente da lugar a la responsabilidad social, si es que han sido reunidos todos los requisitos para tal efecto. La falta de desarrollo mental se encuentra en los sujetos que son menores de catorce años y que deben quedar fuera del área penal y de la relación procesal penal.

La idea de incluir al entender o elemento intelectual (cognoscitivo) de la voluntad en potencia y en acto, me surgió al considerar que nadie puede realizar un comportamiento voluntario íntegro si no tiene plena consciencia de lo que está haciendo, a menos que se le considere un títere de la naturaleza.

Pienso que no se puede hablar de la voluntad completa, si no existe al mismo tiempo un vínculo entre el deseo y el intelecto que nos lleve sin más, a entender o comprender lo que hacemos. En el delito se trata de que sea comprendida la ilicitud de la conducta, para que pueda ser exigible el actuar en consecuencia.

El hombre debe querer la conducta y entender que ella ha de traer determinadas consecuencias que pueden o no ser captadas por la voluntad de concreción, en el entendido de que las consecuencias del comportamiento voluntario pueden ser la concreción de los fines propuestos, o bien producto de la causalidad.

Este entender podría ser relacionado con la "conciencia de la anti-juridicidad", tan nombrada en la doctrina penal; aunque ésto no es exacto, porque no se trata de que el sujeto comprenda que su conducta es contraria a las normas del catálogo penal ni que está sancionada, sino de que simplemente conozca que es ilícita; es decir, que está mal.

Es muy diferente la ilicitud de la anti-juridicidad, puesto que la primera significa que la conducta tiene una relevancia social y tal vez legal; empero, la segunda implica que exista una efectiva contradicción entre el comportamiento voluntario y consciente desplegado y los parámetros de la normatividad jurídica.

La anti-juridicidad requiere de la previa existencia del deber jurídico y de tener comprensión de la misma; daría por resultado que el sujeto conociese que ese deber le es impuesto, y el elemento valorativo del delito posee la característica de ser objetivo y prescindir del aspecto subjetivo.

El entender o la comprensión que forma parte de la voluntad consciente se encuentra en una evidente proporción con la capacidad intelectual del sujeto. Se avoca más a los efectos que producirá la manifestación de la voluntad en el exterior, que a la consciencia de que la misma será contraria a la normatividad penal.

Como la previsión, el entender se encuentra limitado por los defectos de atención, comprensión e imaginación. Cabe reconocer que el acto de entendimiento y el de previsión se hallan estrechamente relacionados. Puedo entender en la medida en que preveo, en proporción a mi atención y a mi imaginación.

En la mayor parte de los casos, el agente que ha previsto y querido puede comprender la relevancia que adquirirá su conducta en el exterior. En las personas incapaces (padeamiento mental permanente), con trastorno mental transitorio y en la etapa del desarrollo mental, este principio encuentra sus justas excepciones.

Estos sujetos tienen plena capacidad para transformar su potencialidad de querer en un acto voluntario; mas no es tal, si necesitan comprender que ese comportamiento querido puede producir determinados resultados ilícitos, que podrían ser calificados como anti-jurídicos en el procedimiento de la valoración.

(91) LA INTENSIÓN.

¡Cuánto se ha discutido acerca de la intención! (intensidad de la voluntad). Las posturas causalista y finalista del Derecho Penal se pelean por incluirla en un elemento distinto del delito. La primera la comprende en la culpabilidad y la segunda la refiere a la conducta y la ubica entre los elementos subjetivos del tipo. (382)

Para mí, es simplemente el segundo momento del elemento subjetivo-material. La intención tiene un carácter interno y en la concepción psicológica de la culpabilidad se había considerado que podía revestir tres formas: dolo, culpa y preterintencionalidad. A la última pocos autores la aceptaban.

Yo la he nombrado intención (con "S"), no porque tenga mala ortografía sino porque no quiero confundirla con el querer (intención). Según la Academia procede del término latino *intensio-onis*, que significa el grado de energía que tiene una cualidad; en este caso dicha cualidad es el acto volitivo (intención).

La intención es la determinación de la voluntad en orden a un fin. Es igual para capaces e incapaces; inclusive los niños pueden actuar con intención, porque son capaces de externar procesos volitivos y de darles cierta intensidad; por lo tanto, pueden actuar en forma intensional.

Para la teoría psicológica de la culpabilidad, este elemento y la intención estaban equiparados y cuando se trataba de dar una definición genérica de la culpabilidad la tarea no les resultaba muy sencilla que digamos. La mayoría de los autores hacía alusión a las tres formas en que la culpabilidad podía ser manifestada.

Los conceptos genéricos hablan del *dolo*. El *dolo* o la intención. B. La culpa o la no intención. Algunos autores incluyeron a la preterintención y la comprendieron otro la suma o mezcla del *dolo* y la culpa. El *dolo* o *dolo* de grado a la producción de un resultado típico menor y la *culpa* es un resultado típico mayor por culpa.

Cada una de estas formas de culpabilidad psicológica estaba referida de manera diferente a la voluntad, a saber: A. En el *dolo* se quería la conducta y se quería o aceptaba el resultado típico. B. En la culpa se quería la conducta lícita y era producido un resultado típico al incumplir un deber de cuidado.

En la preterintencionalidad, a la cual se la ha considerado como una "hijastra" del Derecho Penal, concurrían el *dolo* y la culpa. El primer lugar lo ganó el *dolo*, como el que o a aceptar un resultado típico menor y producir otro resultado también típico, de mayor gravedad, al obrar culpablemente, en un segundo término.

En cambio, la intención podría ser definida fácilmente como el grado de energía con que se motivado el acto volitivo, o bien como la determinación de la voluntad en orden a un fin. La divide en tres grupos principales: Directa (*dolosa*), indirecta (*culposa*) y mixta (preterintencional), con sus respectivas variantes.

Obediéndose que no cambió la "no intención" o "imprudencia", a la cual hace referencia el CPE al explicar la culpa, por la intención indirecta; porque en los delitos que son cometidos por culpa, no falta la intensidad de la voluntad sino que varía en un grado diverso.

El término "no intención", que es utilizado tanto en la doctrina como en la legislación, resulta incorrecto; dado que si para ellas el *dolo* significa "intención" y a la culpa debe entenderse la como "no intención", en los delitos que son cometidos por culpa se daría una ausencia de *dolo* y de intención y no otra forma de culpabilidad.

Al faltar el *dolo* como modalidad de la culpabilidad o como elemento de la tipicidad (más bien del tipo), irremediablemente tendríamos que afirmar que conlleva una ausencia de culpabilidad o una hipótesis de atipicidad.

Si se presentase la "no intención" como alguno de los aspectos negativos de esos elementos del delito (inculpabilidad o atipicidad), es lógico concluir que tendríamos como consecuencia la negación del delito en el mundo jurídico y la inevitable declaración de su inexistencia.

Por ello y por otras razones, se punce que lo más correcto es ubicar a la intención como uno de los momentos del elemento subjetivo-material o conducta, diferenciando de la intención (porque ésta implica voluntad) y darle los especies de intención directa, indirecta y mixta.

Cada una de estas especies de la intención tendrá sus subespecies, formas o modalidades, y es muy importante aprender a diferenciarlas para evitar los errores que son el pan nuestro de cada día en la actividad forense que implica la relación procesal-penal.

Es fácil comprender que no basta con que el hombre haya manifestado su voluntad, sin que ésta se haya motivado con cierta intención. La intensidad del acto volitivo puede estar referida a la conducta y al resultado, solamente al comportamiento, o bien a la acción u omisión y a un resultado menor que no se produjo.

(a) LA INTENCIÓN MIXTA.

Esta forma de intención no es otra cosa que lo que hasta hoy ha sido conocido con el nombre de "dolo", sólo que ahora ha de quedar separada de los elementos intelectual y volitivo, porque a ellos los comprendí en otro momento de la conducta o elemento subjetivo-material (en la voluntad consciente)

La defino en la siguiente forma: Es la determinación de la voluntad simple o consciente, para desplegar una acción u omisión dirigida a un resultado típico que pudo o no haber sido previsto y que puede ser querido o aceptado.

Como en la teoría tradicional de la culpabilidad, la divido en tres formas: 1. Intensión directa de primer grado (dolo directo). 2. Intensión directa de segundo grado (dolo eventual). 3. Intensión directa con consecuencias necesarias (dolo de las consecuencias necesarias).

Resulta muy claro suponer que para que podamos integrar a la intención directa, tenemos que analizar uno a uno los elementos que entran en su composición, para comprobar su presencia en el mundo de la juridicidad. La intención directa o dolo está compuesta por los siguientes elementos:

1. **Voluntad simple o consciente.** Es necesaria la previa voluntad, la cual será simple en las personas que están incapacitadas para comprender la ilicitud de su conducta y consciente para las capaces. Es indiscutible que los "inimputables" pueden actuar dolosamente.

2. **Determinada a manifestar una acción o una omisión.** La determinación de la voluntad simple o consciente debe estar dirigida a la actividad o a la inactividad, que están relacionadas con el comportamiento delictuoso.

3. **Dirigida a la producción de un resultado típico.** La acción u omisión debe ser enfocada a la producción de un resultado típico, que puede ser de naturaleza jurídica o material.

4. **Previsión o no previsión de los efectos.** En una conducta completa necesitamos que los resultados hayan sido previstos; empero, si no se da el prever, el resultado también puede ser imputado a título de dolo, por haber querido la conducta y querido o aceptado sus consecuencias.

5. **Querer o aceptación del resultado.** El resultado debe haber sido querido por el sujeto o bien, aceptado, abarcando así las nociones del dolo directo e indirecto o eventual. En el dolo de las consecuencias necesarias se quiere un resultado y son aceptados aquellos que forzosamente han de producirse.

Asimismo, la intención directa puede asumir dos matices diversos, que son: a) Intensión genérica (dolo genérico). b) Intensión específica (dolo específico). En los dos casos debe atenderse al ánimo que guió al sujeto en el momento en que determinó llevar a cabo la acción u omisión.

La primera es la intención general de ejecutar el delito, de asumir la conducta que puede ser transformada en ilícito penal, de efectuar el resultado delictuoso. Podría decirse que es el ánimo, propósito o fin que tiene el sujeto para llevar a cabo el comportamiento que es considerado como delictuoso.

La segunda es un estado de ánimo, propósito o fin especial, en el cual queda comprendida la primera. Se la puede traducir como la intención de realizar la conducta o causar el resultado sobre una determinada persona o cosa, o con un ánimo específico. La descripción típica debe hacer mención de esta finalidad.

Los delitos que tienen incluida una intención específica en su modelo típico, solamente pueden ser llevados a cabo con intención directa de primer grado (dolo directo) o de consecuencias necesarias. En los supuestos en que ésta no se hallare presente, puede darse lugar a que sea integrado otro delito.

El ejemplo de la intención genérica es fácil de encontrar en las legislaciones, nos habla de ella cualquier delito-tipo que puede ser cometido en forma dolosa. Así tenemos al estupro, a la violación, al homicidio, a la usurpación de profesiones o de función pública, etc.

Para la intención específica (ánimo especial) tenemos al delito-tipo que describe el parricidio, en el cual se requiere que el sujeto activo obre con el propósito especial de privar de la vida al pasivo que se encuentra ligado a él por una relación estrecha de parentesco. Otro lo es el rapto, que exige la intención especial de satisfacer un deseo erótico o de casarse.

En el supuesto de que el agente no tenga esa finalidad específica de dar muerte al padre, desaparece la posibilidad de integrar el delito de parricidio, mas subsiste la posibilidad de que se dé el homicidio, que es el delito fundamental o básico. En el rapto podría haber una privación ilegal de la libertad o un secuestro, en su caso.

En realidad es una expresión dolosa que debe desaparecer, porque en todos los delitos en los que se obra con dolo existe esa intención específica; empero, al ser exigido en algunos tipos, es nuestro deber estudiarlo. Su tipicidad se comprueba al analizar los elementos subjetivos del injusto que requiere el modelo delictivo.

A la intención directa de primer grado tambien se la llama "dolo directo". La concepción como la determinación de la voluntad simple o consciente, para desplegar una acción u omisión, dirigida a la producción de un resultado típico jurídico o material, que fue previsto o no y querido por el agente.

La intención directa de segundo grado puede ser denominada "dolo eventual". En mi pensamiento es la determinación de la voluntad simple o consciente, para desplegar una acción u omisión dirigida a producir un resultado típico jurídico o material, que fue previsto o no y que será aceptado.

En fin, a la intención directa de las consecuencias necesarias o "dolo de las consecuencias necesarias", lo entiendo como: La determinación de la voluntad simple o consciente para desplegar una acción u omisión, dirigida a producir un resultado típico jurídico o material, previsto, cuando necesariamente ha de producirse otro que se quiere o se acepta.

Estas son las tres formas que puede asumir la intención directa o "dolo directo", las cuales adquirirán diferentes elementos, según sean los nuevos matices que les fueron incluidos y que sirven para diferenciarlas entre sí. Todas tienen el mismo tratamiento jurídico y deben ser sancionadas en conciencia con los parámetros legales.

(b) LA INTENCIÓN INDIRECTA.

En lugar a un delito cometido por culpa. En algún momento se la llamó "no intención" aunque, como ya dije, esto no puede ser aceptado, porque en ella sí que aparece la intención, como voluntad determinada, aunque en grado diverso. Por ello se diferencia de la intención directa, al añadirle el calificativo "indirecta".

La esencia de esta clase de intención o intensidad del acto volitivo, radica en la violación de un deber general de cuidado que la ley impone en ciertos y que puede ser exigido a un sujeto en particular, atendiendo a las condiciones o circunstancias imperantes y a sus características personales.

Pienso que este tipo de intención se debe comprender como: La determinación de la voluntad simple o consciente, para desplegar una acción u omisión lícita o ilícita (aunque nunca típica), que produce un resultado delictivo previsto o no, mas no querido, como consecuencia de violar un deber general de cuidado.

Puede revestir dos formas, que son: La intención indirecta con representación o previsión y la intención indirecta sin representación o previsión, que han sido llamadas "culpa consciente" o "inconsciente", respectivamente, en la doctrina y en la legislación, con evidente desatino.

Los elementos genéricos de la intención indirecta o culpa son los siguientes:

A. Voluntad simple o consciente. Es necesaria la existencia de la voluntad simple o consciente, según se trate de personas incapaces o capaces.

B. Determinada a manifestar una acción u omisión lícita o ilícita, aunque nunca típica. La actividad o inactividad que despliegue la persona que actúa culpablemente debe ser lícita o ilícita, sin que pertenezca al área penal. Es necesaria esa atipicidad del comportamiento, para poder diferenciarla del dolo y de la preterintencionalidad.

C. Previsión o no previsión de los efectos. Las personas capaces pueden prever o no los resultados delictuosos; en las incapaces no es necesario el acto de previsión, puesto que sabemos que tienen un trastorno mental permanente que las incapacita para él.

D. No querer ni aceptar el resultado. El querer solamente va dirigido a la realización de la conducta y el resultado, no debe ser querido ni aceptado, porque podrían presentarse el dolo o la preterintencionalidad.

E. Violación de un deber general de cuidado. Esta es la esencia de la intención indirecta: El resultado delictuoso debe ser necesariamente una consecuencia de haber violado el deber general de cuidado, que las circunstancias y las condiciones personales hacen que le sea exigible a un sujeto.

El resultado típico que sea producto de un actuar culposo, siempre debe encontrar relación con el deber general de cuidado y ser producido como consecuencia de la imprudencia o de la negligencia solamente. Así, subrayaré que es incorrecto utilizar a la imprudencia (que es una de las especies), para referirnos al género.

La impericia o la ineptitud que, según dicen los autores, son formas autónomas de producir el resultado culposo, que nada tienen que ver con la violación del deber general de cuidado, resultan de un valor hueco. La impericia es una deficiencia de carácter técnico y la ineptitud de índole natural.

El inexperto y el inepto, al obrar, pueden poner todo el cuidado del mundo, observar todos los deberes, tomar todas las precauciones; empero, si les falla su técnica o su aptitud, produciendo con ello un resultado típico que, si bien es cierto que les es imputado a título de culpa, también lo es que no se les está sancionando por sus deficiencias.

Ambas son, en mi concepto, las formas de violar el deber general de cuidado, sin autonomía propia, puesto que si el ser humano se sabe imperito o inepto, debe abstenerse de actuar porque aunque ponga cuidado y tome precauciones, el resultado puede ser producido por sus deficiencias técnicas o naturales.

Solamente es concebible que una persona inepta o imperita actúe violando un deber general de cuidado, si es que le falla la conciencia al no haber podido percatarse de que es deficiente en ciertos aspectos; aunque esto no la excusa y el resultado material debe serle imputado a título de intención indirecta o culpa.

En esta clase de intención siempre debe ser producido un resultado de naturaleza material y nunca jurídico, puesto que es de explorada doctrina jurídico-penal que los delitos de mera conducta o formales no aceptan un actuar culposo, toda vez que requieren querer la conducta y en este supuesto la conducta es a la vez el resultado (jurídico).

En la intención indirecta o culposa puede o no presentarse la previsión de los efectos que producirá el actuar violando un deber general de cuidado y esto no es óbice para que exista la imputación jurídica; la no previsión en una persona capaz puede ser más grave que la previsión, puesto que si el sujeto se cree apto, perito, prudente o diligente, sin serlo, es porque algo le está fallando.

En el antiguo Derecho Romano se cuestionó la posibilidad de que los delitos que habían sido cometidos por culpa del agente fuesen sancionados, en virtud de que la producción de los efectos no había sido querida o aceptada por él y supuestamente era independiente de su voluntad.

Considero que en esta época ya no existe razón para que se dé esa discusión, porque la sociedad no debe quedar expuesta al actuar culposo de cualquiera, puesto que así se propiciaría la injusticia ya que hay comportamientos culposos que causan daños mayores que los delitos dolosos.

Si han hablado de la protección de la sociedad y de un criterio de peligrosidad, es necesario concluir que los delitos culposos deben ser sancionados necesariamente, porque los bienes jurídicos que se han acogido a la tutela del área penal no pueden quedar al amparo de los descuidados.

Debe ser tan responsable quien actúa dolosa como culposamente, aunque en su tratamiento jurídico sí que se tendrá que hacer una diferenciación. La punición en los delitos de intención indirecta será menor, toda vez que no fue querida la producción del resultado, aunque sí la ejecución de la conducta lícita o ilícita no penal.

Aún más, soy de la idea de que en los casos en que exista la concurrencia de intención (la llaman de culpas), porque el supuesto ofendido haya actuado violando un deber de cuidado o provocando dolosamente al activo, la víctima debe ser sancionada también porque ella misma está motivando la agresión a sus bienes jurídicos.

La intención indirecta puede presentarse en dos formas: A) Intención indirecta con previsión o representación (la llaman consciente). B) Intención indirecta sin previsión o representación (la llaman inconsciente). Los adjetivos que se encuentran entre paréntesis los acepto, porque pertenecen a un momento distinto del elemento subjetivo-material.

A la intención indirecta sin representación la conceto como: La determinación de la voluntad simple o consciente, para desplegar una acción u omisión lícita o ilícita no penal, que produce un resultado típico material no previsto ni querido, como consecuencia de violar un deber general de cuidado.

A la intención indirecta con representación o previsión la entiendo como: La determinación de la voluntad consciente, para desplegar una acción u omisión lícita o ilícita no penal, que produce un resultado típico material previsto y no querido, como consecuencia de violar un deber general de cuidado.

Las personas incapaces de comprender la ilicitud de su conducta únicamente pueden actuar con intención indirecta sin representación o previsión, toda vez que su comportamiento no es consciente; es decir, que están imposibilitadas para realizar procesos cognoscitivos.

En la práctica penal forense no suele hacerse diferencia alguna entre la intención indirecta sin representación o previsión o con ella. La culpa, sea cual fuere su naturaleza, es sancionada de la misma manera. La distinción nada más se hace para fines didácticos y de comprobación práctica y tiene por objeto atender a las formas en que puede presentarse un actuar culposo.

Nótese que en los elementos que integran a la intención indirecta he hablado de la violación de un deber general de cuidado, que lo es exigible a una persona atendiendo a las circunstancias exteriores concurrentes al momento delictuoso y a sus características personales.

En el elemento subjetivo-material o conducta estos dos momentos son tomados en consideración, nada más para probar y comprobar que han aparecido en la realidad jurídica, que el sujeto ha violado el deber general de cuidado y que puede ser exigido ese deber atendiendo a las circunstancias y a sus peculiaridades.

En la antijuridicidad se comprobará si ese deber existía en el mundo jurídico (existencia del deber ser jurídico-penal) (383) y en la culpabilidad, si verdaderamente le era exigible a un sujeto el actuar conforme a derecho, atendiendo a las condiciones externas e internas (exigibilidad y reprochabilidad). (384)

(c) LA INTENCIÓN MIXTA.

También se le da el nombre de "preterintencionalidad", "ultraintención" o "delito con exceso en el fin". Algunos autores dicen que es un maldaje entre el dolo y la culpa; otros opinan que es simplemente el dolo y algunas legislaciones así lo aceptan; otros más hablan de un delito calificado por el resultado". (385)

(383) INFRA. Sección Segunda. La Existencia del Deber Ser. Número (150).
(384) INFRA. Sección Segunda. La Exigibilidad y la Reprochabilidad. Números (187) y (188).
(385) MEDINA BERRAZQUEZ, Op. cit.

La raíz *praeter*, de origen latino, que le da su significación, quiere decir: Más allá, la intención está referida a la determinación de la voluntad en orden a un fin. *Preterintención* significa, en resumen, "ir más allá de lo que determinó la voluntad de concreción". Esto es, se produce un resultado mayor al querido, al violar un deber general de cuidado.

También creo que es una mixtura de intensiones: Directa (dolo) e indirecta (culpa); por eso la llamo *intención mixta* o *preterintención*. La primera va dirigida a ejecutar una conducta y un daño típico menor; la segunda aparece al final y se avoca también a un resultado típico mayor que el querido. (386)

Es indebido calificarla simplemente como un delito doloso, dado que la sanción sería muy severa para quien produjo un resultado mayor al querido por culpa y muy benigna, para quien actuó con dolo en el inicio y produjo un resultado más grave, al obrar culposamente. La intención debe ser punida en forma diferente a la del dolo.

La *preterintencionalidad* es prácticamente una hijastra del Derecho Penal; no todos los doctrinarios y las legislaciones la aceptan. Considero que debe tener un lugar propio en la ciencia jurídico-penal y un tratamiento legal muy suyo, que vaya de acuerdo con su esencia de ser un delito en el cual se mezclan el dolo y la culpa.

La *conceptión* en la siguiente forma: Es la determinación de la voluntad simple o consciente, para desplegar una acción u omisión y producir un resultado típico material menor previsto o no y querido, que causa un resultado típico mayor, previsto o no, aunque no querido, como consecuencia de violar un deber general de cuidado.

También los sujetos incapaces pueden comportarse con intención mixta o *preterintencional*, atendiendo a las consabidas diferencias que surgirán por su falta de comprensión de la ilicitud. No puede negarse esta proposición, toda vez que se ha aceptado que pueden actuar dolosa y culposamente.

La *preterintencionalidad* recibirá un tratamiento jurídico diverso, con una sanción mayor que para el delito cometido con intención indirecta (culpa) y menor al ocasionado con intención directa (dolo), atendiendo a su gravedad y a las diferencias que tiene con las otras dos modalidades de la intención.

Los elementos de la intención mixta o *preterintencionalidad* son los siguientes:

a) **Voluntad simple o consciente.** Este es un sello común en todas las formas de intención; consiste en querer realizar la conducta.

b) **Determinada a producir una acción u omisión, dirigida a ocasionar un resultado típico material menor.** La voluntad de concreción se avoca hacia la conducta activa u omisiva y a la producción de un resultado típico de naturaleza material menor. Debe ser un resultado típico, para que exista el dolo en el inicio, y material porque las normas no pueden ser violadas en mayor o en menor grado. En cambio, ese resultado querido debe ser menor que el que efectivamente habrá de producirse.

c) **Previsión o no previsión del resultado típico menor.** La intención dolosa aparece en primer lugar y puede ir o no acompañada de la previsión. Si se trata de una persona incapaz, poco importa la previsión y si es capaz, debe haber esa previsión.

d) **Causación de un resultado típico material mayor, no querido ni aceptado.** El resultado típico que realmente se produce debe ser de naturaleza material y de mayor gravedad que el menor que se quería lograr. No debe ser querido (porque habría dolo directo) ni aceptado (porque se daría el dolo de las consecuencias necesarias).

e) **Previsión o no previsión del resultado mayor.** Puede operar la previsión del resultado mayor o no, aunque esto no anula la posibilidad de imputárselo al agente.

f) Violación de un deber general de cuidado. El resultado típico material mayor debe ser producido como consecuencia de violar un deber general de cuidado, que las circunstancias y sus condiciones personales hacen que le sea exigible al agente (culpa).

Podrían presentarse las siguientes clases de intención mixta o preterintencionalidad: 1) intención directa de primer grado (dolo directo) más intención indirecta sin previsión o representación (culpa sin previsión o representación). 2) intención directa de primer grado (dolo directo) más intención indirecta con previsión o representación (culpa con previsión o representación).

No acepta, como ya dije, que pueda haber preterintencionalidad sumando al dolo eventual con la culpa con o sin previsión, porque la esencia del dolo eventual es la aceptación del resultado cuando se produce y en los supuestos de la intención mixta, ese resultado menor doloso no se realiza.

Son dos los supuestos que pueden impedir la aparición de un delito con exceso en el fin: El resultado típico mayor al querido, da lugar a un delito con dolo directo y el resultado típico mayor aceptado, implica la integración de un delito con dolo de las consecuencias necesarias. El resultado menor siempre debe ser previsto por la persona capaz.

La no previsión de los efectos menores que se quiere, únicamente funciona para los individuos que están incapacitados para comprender el carácter ilícito de su conducta; es decir, que no pueden tener una visión previa de lo que sucederá como consecuencia de su actuación.

(d) LAS SEMEJANZAS ENTRE LOS TIPOS DE INTENCIÓN.

*En todas las clases de intención que he mencionado, se da la voluntad consciente determinada en orden a un fin, a la que la doctrina conoce con el nombre de "voluntad de concreción".

*Todas ellas tienen dentro de sus elementos constitutivos al despliegue de una acción u omisión.

*Estos tipos de intención son las formas en que puede ser determinada la voluntad de concreción.

*Las tres pueden ser realizadas tanto por personas capaces como por incapaces.

*En todas ellas puede existir la previsión o no previsión de los efectos.

*A todas las encontramos en el CPF, como las formas que puede asumir la intención.

(e) LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS TIPOS DE INTENCIÓN.

*En la directa (dolo), se prevé o no y se quiere o acepta la producción del resultado.

*En la indirecta (culpa), no se quiere ni se acepta el resultado que se produce como consecuencia de la violación de un deber general de cuidado, que puede o no ser previsto.

*En la mixta (preterintencionalidad), se quiere la producción de un resultado menor que fue previsto y no se quiere la realización del daño mayor, que es consecuencia de un actuar culposo y que pudo o no ser previsto o entendido.

(92) LA CLASIFICACIÓN DEL DELITO EN ORDEN A LA INTENCIÓN.

Tomando como punto de partida las explicaciones que he dado, la clasificación de los delitos atendiendo a la intención de la voluntad, será la siguiente:

- a) Delitos con intención genérica (dolo genérico).
- b) Delitos con intención específica (dolo específico).
- c) Delitos con intención directa de primer grado (dolo directo).

- d) Delitos con intención directa de segundo grado (dolo eventual)
- e) Delitos con intención directa de consecuencias necesarias (dolo de consecuencias necesarias).
- f) Delitos con intención indirecta con previsión (culpa con representación).
- g) Delitos con intención indirecta sin previsión (culpa sin representación).
- h) Delitos con intención mixta con previsión (preterintencionales)
- i) Delitos con intención mixta sin previsión (preterintencionales)

(93) LA FASE EXTERNA DEL ITER CRIMINIS.

Ya he dicho que el camino del delito se divide en dos fases: La interna y la externa (subjetiva y objetiva). La primera fue analizada en forma concomitante al estudio del elemento subjetivo de la conducta o elemento subjetivo-material: Voluntad simple o consciente e intención.

Ahora voy a tratar de explicar los temas comprendidos en la fase externa u objetiva del iter criminis. Esta es la parte en que la voluntad sale de la mente del delincuente, desde que manifiesta su resolución al exterior, hasta que el delito adquiere su objetividad jurídica; es decir, hasta el momento en que la conducta es consumada.

La fase externa del delito ocurre en la realidad fáctica, se inicia con su manifestación en el mundo de los hechos. Los autores tradicionalistas quisieron incluir en ella los siguientes temas: Manifestación de la resolución criminal o resolución manifestada, actos preparatorios y actos ejecutivos, el delito continuado y la consumación.

JIMENEZ DE ASUA piensa que dentro de este marco teórico hay un momento más, que es: El agotamiento del delito, al decir que este ente jurídico se termina o es agotado en el momento en que se produce la remoción del estado antijurídico que con él se ocasiona. (387)

Cuando vaya a hablar de la resolución manifestada, cabe que aclare que ésta es la primera noción que se tiene del delito en el mundo de la realidad de hechos y se da en el momento en que el sujeto externa su pensamiento criminal por medio de la palabra, por ejemplo.

En algunas ocasiones la legislación penal ha querido considerar como un delito autónomo a la manifestación de la resolución, *verbi gratia* el delito-tipo de amenazas, cuando el sujeto manifiesta a otro que podrá causarle un mal en sus derechos o en sus bienes jurídicos, o en los de alguna persona que se encuentre ligada a él.

Los actos preparatorios son todos aquellos movimientos que realiza el individuo a fin de que pueda preparar la ejecución del delito, como comprar un arma, acchar a la víctima, etc. Yo los llamo "selección de medios", para comprender que en ellos se encuentran las maneras o instrumentos eficaces o no, con los cuales quiere producirse la conducta delictiva.

Incluyo en este tema al estudio del resultado, concretamente, después de los propósitos o finalidad que no son otra cosa que las formas en que el sujeto manifiesta su resolución de cometer un delito; bien sea que lo guarde en su fuero interno o que lo externe por medio de la palabra o de sus actos.

En el análisis de los actos de ejecución hablo de las tentativas y del delito continuado, que trato en lo referente a los logros y a las consecuencias secundarias del delito, también estudio lo relativo al curso de los delitos, en otro apartado.

A la consumación de la conducta que obviamente ocurre en el mundo exterior, la incluyo en el inciso que se refiere a los temas auxiliares del elemento subjetivo-material o conducta, denominándola "lugar y tiempo de la realización de la conducta", junto con sus cualidades y los complementos para ejecutarla.

(94) LOS RESULTADOS.

Cuando en la doctrina tradicionalista del delito se oye hablar del resultado, podemos entender que con eso se hace referencia solamente a la mutación que produce la conducta en el mundo exterior o a lo que también se ha denominado como "resultado material". Esto es, al hecho físico.

Según esta tesis el resultado puede llamarse asimismo "hecho" (en sentido estricto) y hace falta su presencia en aquellos delitos en los cuales su modelo típico requiere de un cambio físico o anatómico, psíquico, químico, fisiológico o económico.

Indudablemente, los autores del modelo tradicional han pensado que los delitos de mera conducta o formales tienen una ausencia de resultado; no-bida cuenta de que la mutación fáctica en que éste consiste no aparece en la descripción ni en la consumación del delito.

Debe aclarar que no hay delito sin resultado, así como tampoco hay una conducta que pueda prescindir de él; éste puede ser típico jurídico en puridad --la violación a la norma--, típico jurídico y material --la transgresión de la norma y el cambio en el mundo exterior--, o extratípico --solamente la alteración en el campo de los hechos materiales--.

El resultado es una de las partes más importantes del elemento subjetivo-material o conducta, ya que en el momento en que aparece y altera bien al sector jurídico, bien al ámbito jurídico y material, comenzará la valoración del delito, para demostrar su existencia en el área jurídico-penal.

El comportamiento del hombre no le interesa al campo de lo punitivo, sino hasta en el preciso momento en que deja sentir sus efectos en el área de lo jurídico, lesionando, poniendo en peligro, destruyendo o controvirtiendo un derecho fundamental que en él encuentra amparo, después de que fue convertido en un bien jurídico-penal.

Si los efectos de la conducta no alteran la normatividad punitiva, sino simplemente al campo de los hechos, carecen de relevancia para nosotros. Por resultado voy a entender a cualquier manifestación externa de la voluntad, inclusive a la palabra porque, en cierta forma, puede manifestarse en una actividad.

Es el efecto que necesariamente conlleva la conducta, sea jurídico o material, causal o final, en el momento en que se la despliega. La conducta que adquiere relieve jurídico-penal debe tener una manifestación externa en vinculación con el orden jurídico. En el momento en que se consuma esto, se cierra la fase externa del iter criminis (camino del delito).

La conducta empieza a ser exteriorizada a través de la resolución manifestada, cuando por medio de la palabra o de ciertos actos el sujeto exterioriza su pensamiento delictuoso o tiende a la preparación del hecho típico penal, y termina en el momento en que el dolo es consumado.

El resultado por fuerza tiene que ser manifestado en el mundo exterior y se divide en dos clases: Jurídico y material (normativo y fáctico). De no aceptar esta división, tendríamos que reconocer que el delito solamente se produce en la mente del sujeto activo, vulnerando el principio de que el pensamiento no delinque.

Debemos reconocer también, que es diferente la trayectoria que tiene el delito cometido con intención directa (doloso), de la del ilícito penal que se produce con intención indirecta (culposo), por cuanto hace a los resultados o efectos que produce.

En el primer caso, se quiere de por sí el resultado que es constitutivo de delito; en el segundo supuesto, se quiere un resultado que no puede integrar un ilícito penal (aunque sea contrario a la normatividad jurídica), y aparece otro que sí lo es, en contra de la voluntad de concreción del sujeto y normalmente, guiado por las leyes de la causalidad.

Entiendo que el resultado comprende la manifestación volitiva simple o consciente (voluntad de concreción), el despliegue de una actividad o inactividad, en uno o más actos, la intención directa, indirecta o mixta y la lesión, puesta en peligro, destrucción o contravención de la expresión fundamental del derecho (bien jurídico), reconocida por el área jurídico-penal.

En los delitos de mera conducta o formales, la puesta en peligro del bien jurídico constituye el resultado jurídico. En cambio, en los de resultado material, los efectos lo son la lesión, la destrucción o la controversia del valor amparado por la ley penal. En ambos casos tiene que constituir un ataque injusto, que después será calificado como antijurídico.

Al resultado puedo definirlo como: La manifestación de la voluntad simple consciente, para desplegar uno o más actos activos u omisivos, con intención directa, indirecta o mixta, que provoca la puesta en peligro, la lesión, la destrucción o la controversia de un derecho garantizado por la ley penal en forma de bien jurídico.

El resultado contiene los siguientes elementos:

1. La manifestación de la voluntad simple o consciente. El común denominador de todas las formas de manifestación de la voluntad en el mundo exterior, lo es el querer simple o consciente, según se trate de un sujeto incapaz o capaz.

2. El despliegue de uno o más actos activos u omisivos. En el área de los hechos, la voluntad de concreción tiene que ser traducida en una acción u omisión, las cuales se completan con uno o varios actos.

3. La intención directa, indirecta o mixta. Esa manifestación de voluntad en el ámbito externo, debe estar matizada con cierto grado de intención: Dolosa, culposa o preterintencional. En ausencia de la intención, tendríamos que afinar al caso fortuito.

4. La violación de una norma prohibitiva o prescriptiva. Para que la manifestación de la voluntad simple o consciente, desplegada con cierta intención, altere al sector jurídico, necesita estar en relación con alguna de sus normas (delitos-tipo).

5. El deber jurídico de obrar o de abstenerse. De la norma que describe la conducta emana un deber jurídico-penal, bien sea de obrar o de abstenerse.

6. La puesta en peligro, lesión, controversia o destrucción de un valor jurídico. Este es el elemento más trascendente en el resultado e implica el ataque injusto al bien jurídico tutelado.

Cuando se produce el resultado del comportamiento voluntario, hay ocasiones en que el sujeto sólo logra lo que se propuso perseguir, el objetivo o fin que quiso alcanzar; en otras nada más llega a parte de sus metas y en otras más, no las consigue y unas veces más, produce consecuencias secundarias que no hubiera deseado.

En este momento del elemento subjetivo-material o conducta, la finalidad y el resultado se encuentran en íntima relación, puesto que el fin es enfocado hacia la consecución de una meta determinada, aun a costa del sacrificio de lo que sea. El individuo juega todas sus cartas para obtener el logro de su objetivo.

En el resultado concurren tanto las leyes de la causalidad como la finalidad de la conducta. El propósito o fin nos lleva a la búsqueda del objetivo que se ha propuesto la voluntad de concreción, desafiando a la naturaleza; el factor causa, en cambio, es lo que guía a las consecuencias secundarias que se han de producir en la consecución de esas metas.

Lo causal puede ser orientado por los fines, puesto que el ser humano tiene aunque sea un conocimiento muy relativo de las leyes de la naturaleza y, por eso puede controlarlas hasta en cierta medida. En la mayoría de las conductas y sus resultados, la causalidad y la finalidad aparecen ligadas.

Aquí he unificado parte de los postulados de las teorías causalistas y finalista, porque voy a considerar que lo que ha sido conseguido por la voluntad de concreción está regido por las leyes de la causalidad, ayudada por la finalidad que guía al sujeto en el momento en que se propone un objetivo o meta.

Comprendo en el resultado a los propósitos, los logros y las consecuencias secundarias. Como se diría en la teoría finalista de la acción: Toda conducta humana lleva en sí misma la finalidad, que no es sino una parte de los logros aunada a la causalidad, y así el resultado aparecerá.

El resultado de la conducta es primordialmente el producto de la finalidad humana; cuando se produce el cambio propuesto por la voluntad de concreción, entra en juego la causalidad. Recordemos a WELZEL: "Causalidad es producir ciego, finalidad producir videntes." (388) La finalidad es la anticipación de la causalidad, a través de la previsión.

Cuando la finalidad de la conducta se queda simplemente en propósitos, sin llegar a concretarse en la consecución de una meta, aparecen las tentativas, en las cuales se sanciona la voluntad del agente para llevar a cabo una conducta y su fin de producir los resultados.

(a) LA FINALIDAD O LOS PROPÓSITOS.

¿Qué otra cosa puede impulsar al agente al despliegue de su conducta, si no son los propósitos o la finalidad? A este momento del resultado suele dársele diferentes determinaciones, entre las cuales se cuentan: Fines, objetivos, metas, móviles, deseos, impulsos, tendencias, misiones, objetos, etc.

Como ya dije, en ocasiones el propósito o la finalidad del autor coinciden con el resultado que ha sido producto de su actuación; es decir, que en este supuesto propósitos y logros son idénticos. La conducta siempre que es desplegada lleva en sí misma un propósito o una finalidad; no puede pensarse en un comportamiento que no vaya encaminado hacia una meta determinada, como pretendieron los causalistas.

Aunque esa actividad o inactividad que se lleve a cabo por el ser humano no se encuentre en relación con los postulados del sistema jurídico-penal, tendrá que poseer una determinada finalidad o propósito. Suara ilógico que siempre actuemos "a tontas y locas".

El término propósito tiene su origen en el vocablo latino *propositum*, que significa el ánimo o la intención de hacer o no hacer una cosa, el objeto perseguido, la meta fijada, según la Academia. Con el modo adverbial a propósito, quiere expresarse que una cosa se encuentra en proporción o es oportuna para conseguir lo que se desea, el fin que el individuo se ha propuesto. (389)

De propósito tiene el significado de que una conducta es desplegada con una intención específica, voluntariamente o después de que se ha deliberado. En cambio, motivo proviene del latín *motivus*; de *motus*, supino de *movere* que quiere decir mover. Con él se hace referencia a lo que tiene eficacia para mover. La causa o razón que nos lleva a hacer una cosa.

Del latín *impulsus* deriva la voz impulso, que es la acción y el efecto de impulsar que, a su vez, quiere decir dar empuje para producir un determinado movimiento. Por último *tendencia*, del latín *tendere*-propendere, es propensión o inclinación de los hombres o las cosas para realizar determinados fines.

La Escuela Positiva Italiana del Derecho Penal estudió la teoría de los motivos, referida a la culpabilidad en la primera de sus formas de manifestación, que lo es el dolo. A éste se le construyó sobre las bases de los móviles, para así mantenerlo alejado de la teoría de la representación y de la conciencia, que manejan los clásicos.

MELO llegó a decir que si el autor obraba con motivos que no fueran egoístas, el delito debería quedar reducido a una simple infracción de policía. CARRICABARI entendió que en ausencia de los móviles, el jugador debía negar el delito. En cambio, GÓMEZ dijo que los motivos servirían para graduar el dolo.

JIMÉNEZ DE ASUA estima que el dolo tiene las siguientes funciones: 1. Investigar la calidad del motivo psicológico del delito. 2. Determinar la punibilidad y la peligrosidad del individuo. 3. Seleccionar la pena. 4. Decidir cuándo procede aplicar una medida de defensa. (390)

(388) WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista. p. 19. Ediciones Dopelma. Buenos Aires. 1951.

(389) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa-Calpe. Madrid. 1970.

(390) JIMÉNEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 364. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1980.

Para mí los móviles, propósitos, finalidades, etc. e intención (con "c"), significan lo mismo: Obedecen al deseo del agente de accionar u omitir una conducta encaminada hacia el logro de un fin concreto, que es la realización de la conducta delictuosa. A veces se complementa con algo más, como el ánimo especial (dolo específico).

En los delitos que son cometidos con intención directa (dolo), el propósito o finalidad va dirigido a la realización de la conducta y a la producción del resultado típico. En los de intención indirecta (culpa), se avoca a la realización de la conducta ilícita o ilícita no penal y en la intención mixta (preterintencionalidad), al resultado menor.

Sobre estas bases, no es difícil entender que los delitos que son cometidos por culpa o con preterintencionalidad, nunca podrán quedar en grado de tentativa porque la esencia de esta institución es que se tenga la intención o el propósito de cometer el resultado típico y que este se quede en intento.

Todo lo anterior podrá ser mejor comprendido, si pongo como ejemplo algunos casos concretos: Para la intención directa (dolo), voy a hablar del delito-tipo de violación, en el cual la descripción típica requiere de una cópula violenta, que son la conducta y el resultado que, a la vez, están detallados.

El propósito del agente debe ser el de obtener la cópula por medio de la violencia física o moral. Esta finalidad está dirigida a la conducta y a la producción del resultado típico jurídico, que están identificados.

En la intención indirecta (culpa), expondrá el propósito de realizar una conducta lícita (conducir un automóvil) o ilícita no penal (a exceso de velocidad o pasando un alto). El sujeto que maneja en estas condiciones, atropella a un niño y éste muere. El resultado, obviamente, no coincide con la finalidad de guiar un automóvil.

La intención mixta (preterintencionalidad), tiene como ejemplo el acto de disparar con el propósito de lesionar a una persona y que como consecuencia se produzca la muerte. El fin del agente no iba encaminado a lograr el resultado típico mayor de privar de la vida sino, simplemente, un resultado típico de menor entidad, que lo es el de lesionar.

El estudio del propósito o de la finalidad del agente al actuar le sirve a la autoridad judicial para fundamentar si atenúa o agrava las sanciones; podría catalogarse dentro de las circunstancias del delito. Si éstas no pueden ser aplicadas al caso concreto, servirán para descubrir el grado de la punibilidad que debe imponérsele al autor.

Como ya he dicho, el propósito o la finalidad es lo que mueve al autor a desplegar la conducta; en este supuesto serán analizadas, además, la premeditación, la alevosía o traición y la ventaja. En concreto, corresponde al aspecto íntimo que motiva el ánimo del delincuente para externar su acción o su omisión.

El hecho de que se diga que la finalidad o el propósito es lo que guía a la voluntad del sujeto para cometer la conducta delictuosa, no quiere decir que si nos niega sus fines, la negativa pueda ser considerada como una de las bases del aspecto negativo del delito. Su finalidad puede ser diferente al resultado producido; empero, como éste es el resultado de su conducta, debe serle imputado.

Aunque la finalidad sea un aspecto subjetivo difícil de ser probado y comprobado en la práctica, puede ser deducido atendiendo a las circunstancias concomitantes al proceso delictivo y sobre esta base, el juzgador con su libre albedrío valorará y lo tomará en cuenta para la individualización e imposición de las sanciones penales.

(c) LA SELECCION DE MEDIOS.-

Después de hablar de los propósitos o finalidad, voy a tratar de exponer lo referente a la selección de los medios que ha de utilizar el sujeto para poder realizar la conducta delictuosa. A este tema, en la doctrina tradicional, se lo conoce con el nombre de actos preparatorios y se le ubica en la fase externa del iter criminis.

Están colocados antes de los actos ejecutivos y después de la resolución manifestada. JIMÉNEZ DE ASUA explica: "Estos actos son aquellos que no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención del agente, que tiende a preparar su ejecución". (391)

Podría decirse que la selección de medios es el proyecto o plan que realiza el sujeto en el mundo de la realidad fáctica, a fin de procurarse el buen éxito del propósito que ha ideado. A través de estos medios va a la búsqueda del logro de los objetivos que se ha propuesto.

En la selección de medios el hombre puede, inclusive, estudiar las leyes de la causalidad, a fin de arrendrar la manera de cambiarlos su rumbo o de valerse de ellos para alcanzar sus propósitos. En este momento sepa las consecuencias que pueden producirse en la concreción de las metas que se ha propuesto en su voluntad de concreción.

Cuando en la doctrina tradicional se habla de los actos que tienden a la preparación del delito, se dice que los malos pueden ser seleccionados unívocos o equivocados. Se propone que los actos preparatorios son unívocos, cuando nos permiten conocer en forma indubitable que el sujeto tiene la intención de cometer el ilícito penal.

Un acto preparatorio es equivoco, cuando nos hace dudar de que el individuo tiene el propósito de realizar la conducta delictiva. En la práctica es difícil distinguir entre un acto preparatorio unívoco y aquel que es de naturaleza equivoca; por este motivo, se cuestiona la posibilidad de sancionarlos.

JIMÉNEZ DE ASUA trata de explicar el por qué de esta situación, al decir que "si son de naturaleza inocente, que igual pueden ser practicados por un individuo que tenga propósitos delictivos, que por aquél que vaya a cometer un acto ilícito (tal que tenga una excepción para realizar un homicidio o para ir a una partida de cartas), entonces son preparatorios, y si sólo pueden ser ejecutados por el que tenga ánimo de delinquir, son actos de ejecución". (392)

Los autores clásicos propugnan que los actos preparatorios no sean sancionados, porque no llegan a violar una determinada norma jurídico-penal. Se decía que en los actos de preparación del delito, al reñir el principio de la ejecución no había peligro actual para un determinado bien jurídico.

Al no poder proporcionar la claridad de que si el acto de selección de medios tendía a la ejecución del delito, el agente que lo realizaba debía quedar exento de pena, CASAFALO decía que deberían de ser sancionados los actos preparatorios en los supuestos en que dejaran al descubierto el índice de peligrosidad del sujeto o su habitualidad.

JIMÉNEZ DE ASUA expone: "Repitamos que en nombre de los principios liberales debe rechazarse a estas doctrinas (las que sancionan los actos preparatorios). En su vez, los actos preparatorios no son punibles, salvo en ciertos casos en que se determinan sus específicos delictivos". (393*)

Considero que debe punirse a los supuestos de la selección de medios, cuando en forma indubitable nos llevan a conocer el propósito del sujeto para delinquir. Sea como fuere el CPP, en la fracción I de su artículo 132, ha querido sancionar los actos preparatorios, cuando dispone: "Son responsables de delitos: Quiénes acuerdan o preparan su realización".

Claro está que el supuesto legal toma en cuenta que el delito haya sido cometido o que se quede en grado de tentativa; si no se da esta situación, creo que en nuestro CPP no son punibles los actos que tienden a preparar el delito, aunque siempre que puedan serlo cuando sean de índole inaprovechable.

(d) LOS LOGROS.

Cuando hablo de los logros quiero hacer referencia a la acción y al efecto de lograr, de obtener una cosa o de alcanzar una meta profijada. El vocablo procede del término latino *lucrum*, el cual significa obtener. El estudio de los logros está ubicado en la fase externa del *iter criminis* y comprende actos ejecutivos y consumación.

(391) JIMÉNEZ DE ASUA. Obra citada en la nota (390). p. 471.

(392) IDEM. p. 472.

(393*) JIMÉNEZ DE ASUA. Obra citada en la nota (390). p. 472.

En los logros puede decirse que el propósito del agente ha sido alcanzado en forma plena (consumación de la conducta delictuosa), que se ha frustrado (tentativa) o que se logró la finalidad y, además, otros resultados no propuestos por la voluntad de concreción. Por lo tanto, da lugar al análisis de las tentativas, del delito continuado, del concurso de delitos y de la consumación.

Como ha podido observarse, los logros se encuentran íntimamente relacionados con el propósito de la voluntad de concreción del agente. Las más de las veces significan que se ha alcanzado el resultado propuesto por esa voluntad del individuo (consumación del delito).

Los logros son la consecuencia ineludible de que el ser humano ha llevado a cabo los actos de ejecución del delito. En ocasiones quedan en un simple intento y otras veces alcanzan resultados que el sujeto pudo o no haber previsto y querido.

(e) LAS TENTATIVAS.

Se estudia a las tentativas dentro de los actos ejecutivos del delito, que dan lugar a que pueda hablarse de ellas cuando por causas ajenas al propio ejecutor o por su voluntad, no se llega a la consumación del resultado delictuoso, habiendo tenido el propósito de cometerlo.

Es preciso que el delito que se queda en grado de tentativa reúna las características propias de toda infracción penal; esto es, que debe haber una conducta que llene los requisitos propios del tipo legal, excepción hecha de aquella que realiza el verbo rector de la descripción, que puede ser ejecutada total o parcialmente, no será consumada, o que sea antijurídica y culpable.

A la tentativa también se la conoce como delito intentado, frustrado, incompleto, inconcluso o imperfecto. Da lugar a un grado autónomo del ilícito penal, que no toma en consideración que el resultado del delito haya sido consumado sino su intento, que debe ser voluntario e intencional (sólo con dolo).

Digo que hay un delito en grado de tentativa cuando: El agente tiene el propósito de cometer la conducta delictuosa y habiendo un comienzo o una total ejecución o inejecución, la consumación no es producida por causas ajenas o propias de su voluntad.

JIMENEZ DE ASUA nos dice: "Cuando la voluntad criminal se traduce en un caso externo que entra en la esfera de la consumación del delito, sin llegar a llenarla, y va claramente dirigida a conseguir la objetividad jurídica del delito, aunque sin llegar a lesionarla, el acto se llama ejecutivo y la figura a que de lugar se denomina tentativa". (393)

WESSELS explica: "Por tentativa se entiende a la manifestación de la resolución de cometer el hecho punible mediante acciones que se ponen en relación directa para la realización del tipo legal, aunque que no han producido la consumación". (394)

Puede haber un delito intentado tanto en la acción como en la omisión (por ello hablo de ejecución o inejecución). De ordinario se reconoce tres clases de tentativa: Acabada o frustración, inacabada e imposible. A ellas añado la tentativa desistida y la arrepentida (desistimiento y arrepentimiento).

WESSELS opina que: "La tentativa se caracteriza por falta de tipo objetivo de lo injusto, estando satisfechos todos los presupuestos subjetivos del tipo. En consecuencia, deben existir tres elementos esenciales: Una decisión encaminada a cometer el hecho, a ponerse en actividad directa para realizar el tipo y la falta de consumación del hecho". (395)

La tentativa, en términos genéricos, se forma con los siguientes elementos, obtenidos de mi definición:

(393) JIMENEZ DE ASUA. Obra citada en la nota (390). p. 474.

(394) WESSELS. Derecho Penal. Parte General. pp. 174/5. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1980.

(395) IDEM. p. 175.

A) El propósito de cometer la conducta delictuosa. En el delito intentado es necesario que el agente haya actuado con voluntad simple o consciente (irracional o caparosa), con cierta intención (dolosa únicamente) y con el propósito determinado de cometer la conducta delictuosa.

B) Comienzo o total ejecución o inejecución. No basta con que el agente haya realizado la selección de medios, para que se integre la tentativa. Es necesario que se dé el comienzo o una total ejecución o inejecución, al hablar de actividad e inactividad, respectivamente.

C) No consumación del resultado delictuoso. Además, es imprescindible, para poder decir que un delito se ha cometido en grado de tentativa, que la consumación del resultado delictuoso no se dé.

D) Por causas ajenas o propias de la voluntad del sujeto. Cuando el tipo objetivo del delito no encuentra su plena realización en el grado de tentativa, puede ser debido a causas ajenas o propias del sujeto que realizó el intento. A la falta del bien jurídico, del objeto material o de los medios idóneos, se las entiende como causas ajenas. Cuando los motivos son propios se habla de desistimiento o del arrepentimiento, en su caso.

Las hipótesis de ausencia de cualquiera de los elementos del delito rigen tanto para la consumación como para el intento si aparece alguna de ellas, será imposible que podamos configurar al acto jurídico y como consecuencia lógica, declararemos la inexistencia del ilícito en el campo penal.

Recordemos que la tentativa o el grado de intento no es más que un delito imperfecto, por cuanto el delito nace a la consumación; por lo tanto, debe integrarse todos los demás momentos del elemento subjetivo-material, del regulador, del valorativo y del normativo. Sólo la suma de los cuatro nos conducirá a la existencia del ilícito intentado.

En el elemento subjetivo-objetivo o conducta, lo único que puede faltar sin que se altere la posibilidad de integrar al acto jurídico, lo es la consumación. En la tipicidad deben ser cumplidos todos los requisitos típicos; se exceptúa de la regla al verbo rector del modelo del delito, el cual nunca aparecerá como realizado totalmente, sino en forma parcial.

La conducta que se quede en intento, también debe ser antijurídica (elemento valorativo), porque si existe la posibilidad de que pueda quedar bajo el amparo de una norma justificativa y esta se comprueba, no habrá tentativa punible.

Por último, además deberán reunirse los elementos necesarios para llegar al reproche de la conducta tentada (elemento normativo o culpabilidad), ya que si aparece que el sujeto está beneficiado por una exculpante o hipótesis de imputabilidad, no será posible hablar de un delito en grado de tentativa culpable.

El tratamiento legal de la tentativa, según el artículo 63º del CPF, es el siguiente: "A los responsables de tentativas punibles se les aplicará, a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debería imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario".

El artículo 12 del mismo ordenamiento dispone: "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería omitirlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". (Para ser concreto, debe decir: Ejecutando u omitiendo en forma parcial o total la conducta que debe producirlo o omitirlo).

También marca otra circunstancia para individualizar e imponer la pena, diciendo en su segundo párrafo que la autoridad judicial debe tomar en cuenta la culpabilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito. Esto es contrario a la definición, porque en ella no se aceptan grados, simplemente se dice "ejecutando u omitiendo".

(f) LA TENTATIVA INACABADA Y LA DESISTIDA.

A la tentativa inacabada se la llama también delito incompleto o inconcuso. Se da cuando la persona tiene el propósito de cometer la conducta delictuosa y habiendo un comienzo de ejecución o inejecución, el resultado no llega a consumarse por causas ajenas a su voluntad. Si los motivos le son propios, hay lugar para la tentativa desistida.

Un ejemplo claro de la tentativa inacabada lo tenemos en el delito de violación, en el cual el sujeto puede violentar física o moralmente a la víctima para imponerle la cópula y no realizarla, porque en ese momento sea detenido por un agente de la autoridad. En la desistida, decide por sí mismo no copular.

El tercer párrafo del artículo 12º del CPF, nos dice: "Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a ésta se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos".

No estoy de acuerdo con las disposiciones de este párrafo, en el entendido de que mi idea es sancionar tanto a la tentativa acabada como al desistimiento. Que el sujeto se desista, no quiere decir que se borre de pronto su propósito delictivo; es más, tal vez decidió dejar el delito para realizarlo en mejor ocasión.

(g) LA TENTATIVA ACABADA Y LA ARREPENTIDA.

En la doctrina se emplea como sinónimos de la tentativa acabada a los siguientes: frustración, tentativa completa o delito inconcuso. Se la puede definir así: El agente tiene el propósito de cometer la conducta delictiva y habiendo una total ejecución o inejecución, no llega a consumarse el ilícito penal por causas ajenas a su voluntad.

Cuando en el delito frustrado la no consumación es debida a causas propias de la voluntad de la persona que lo intenta, se dice que estamos en presencia del arrepentimiento. El CPF no habla de su regulación, no sabemos si está por sancionarla o no. Yo soy de la idea de que también debe ser punida, por las mismas causas que el desistimiento.

El ejemplo de la tentativa acabada lo tenemos en el delito de homicidio: Un hombre dispara sobre el pasivo y le provoca lesiones mortales, teniendo el propósito de causarle la muerte mas después de ser atendido por los médicos se logra salvarle la vida. Para el arrepentimiento, tenemos que a la víctima se le da veneno con ánimo de que muere y después, se le da contraveneno y se evita su fallecimiento.

Hay un caso de excepción, en el cual el arrepentimiento puede surtir después de la consumación del delito. El CPF lo prevé en el artículo 375º, relacionado con el delito-tipo de robo; técnicamente se le conoce como arrepentimiento post-factum y yo lo ubico dentro de las excusas absolutorias.

(h) LA TENTATIVA IMPOSIBLE.

Se da cuando existe el propósito del agente de cometer la conducta delictuosa y habiendo un comienzo o una total ejecución o inejecución, el delito no llega a consumarse por: 1. Falta de bien jurídico. 2. Ausencia de objeto material. 3. Inidoneidad en los medios seleccionados y empleados para producir el resultado delictuoso.

La tentativa o delito imposible presupone un estado de anomalía mental del sujeto activo, aunque no siempre sea así, ya que en el momento en que selecciona los medios, escoge los que no les son útiles para llegar a la consumación de la conducta. O bien, no se percata de la inexistencia del bien jurídico o del objeto material.

En el CPF tampoco se habla de cual será el tratamiento jurídico para quien realice una conducta en grado de tentativa imposible. No puede saberse si es o no punible; empero, mi idea es de que, por las mismas razones que expuse, también se la sancione como al desistimiento y al arrepentimiento aún más, porque en este supuesto el agente nunca abandona su finalidad.

La tentativa imposible no es más que una variante de los delitos en intento acabados o inacabados; toda vez de que la falta de bien jurídico, objeto material o medios lícitos, es una causa ajena a la voluntad de sujeto y para su punición, debe atenderse a la ejecución total o parcial.

(i) LOS DELITOS QUE NO ADMITEN A LA TENTATIVA.

A mejor opinión, considero que los delitos que incluyo en el siguiente listado no admiten el hecho de que puedan quedar en grado de tentativa:

1. Delitos de omisión impropia. No tienen resultado material; por lo tanto, como modalidad de los delitos de mera conducta, únicamente aceptarían a la tentativa inacabada.

2. Delitos unisubsistentes. Que se encuentran compuestos por un solo acto; no admiten el grado de tentativa, dado que el primer acto ejecutivo será su propia consumación.

3. Delitos de mera conducta o formales. Queda en firme mi pensamiento de que en ellos no puede darse la tentativa acabada, subsistiendo la posibilidad de que admitan la inacabada.

4. Delitos con intención indirecta (culposos). No pueden quedarse en grado de intento, porque en ellos falta el propósito de cometer el delito, que es la esencia de la tentativa.

5. Delitos con intención directa de segundo grado (dolo eventual). No admiten la tentativa, por la sencilla razón de que el dolo eventual precisa de que se produzca el resultado que va a ser aceptado y si éste acontece, el delito quedaría consumado.

6. Delitos con intención mixta (preterintencionales). Sucede algo similar a lo que pasa en los culposos, dado que son una mezcla de dolo y culpa. Si el resultado menor que se tiene el propósito de cometer llegara a efectuarse, ya habría lugar para hablar de un delito deloso consumado. Con respecto al resultado mayor, falta la finalidad de cometerlo.

7. Delitos de resultado cortado. No admiten el intento, debido a que se tienen por consumados en cualquier momento anterior a la propia consumación que, inclusive podría ser la misma tentativa. Es más, debo decirles que la tentativa es un delito de resultado cortado.

8. Delitos calificados por el resultado. Estos son considerados como tales, en atención a cualquier resultado que se produzca, incluyendo a la tentativa, cuyos efectos hacen peligrar al bien jurídico amparado.

9. Delitos de peligro. Si este delito se consume en el momento en que el bien jurídico es colocado en una situación de peligro, es de concluirse que no pueden quedarse en grado de tentativa, habida cuenta de que ésta presupone la puesta en peligro del valor tutelado.

10. Delitos continuados. No permiten que pueda hablarse de una tentativa, porque necesitan de la realización de varias conductas (que son consideradas como actos); empero, sí que puede hablarse de un delito continuado que se forme con varias tentativas o consumaciones o por tentativas y consumaciones alternadas.

11. Delitos habituales. Tampoco podrían quedarse en grado de tentativa, toda vez de que son integrados con una repetición de actos que por sí solos no constituyen delito, sino que para que este quede completo, deben darse todos.

(j) LA CONSUMACION.

Debemos entender que la conducta delictuosa ha sido consumada en el mismo momento en que todos sus elementos constitutivos han aparecido en el mundo exterior, se hayan conseguido o no los propósitos delictivos que tenía su autor. En la tentativa, la consumación es ficta, dado que la conducta nunca quedará integrada al faltar el resultado típico.

El problema de la consumación de la conducta delictuosa es una situación que será analizada en los temas auxiliares de la conducta. (396) Por lo pronto, debemos puntualizar la importancia de diferenciar entre la consumación de la conducta y la del delito.

La primera se da en el mundo exterior, prescindiendo en ese momento de la normatividad y la consumación del delito, lo veremos hasta que la autoridad judicial ponga fin a la relación procesal penal, dictando una sentencia firme, en la cual sea declarada la existencia jurídica de nuestro ente.

La consumación de la conducta delictuosa ocurre en la realidad de hechos y da lugar a que la autoridad judicial pruebe y compruebe la existencia del delito y por lo tanto, de su consumación, en el momento en que declara una sentencia condenatoria para su autor.

(K) LAS CONSECUENCIAS SECUNDARIAS.

Por consecuencia debe entenderse al hecho o acontecimiento que se sigue o es el resultado de la conducta. Proviene del término latino *consequentia*. Es la correspondencia lógica entre el comportamiento humano y los resultados que con él han de producirse. Si le agregamos la preposición *a*, significa, por efecto o como resultado de.

Es una cosa que se sigue o que se infiere de algo, los resultados de un hecho o suceso, que necesariamente proviene de otro u otros. Hay que aclarar que si la conducta de un sujeto tiene consecuencias que coinciden con sus propósitos, es más propio que hablemos de logros.

Si el resultado, además de ser coincidente con la finalidad, produce otro u otros, entonces hay lugar para que expliquemos las consecuencias secundarias de la conducta. Las que son coetáneas al propósito, están guiadas por la finalidad del hombre; las que no lo son, se rigen por las leyes de la causalidad.

Hay consecuencias secundarias que no son idénticas a los fines del sujeto activo, mas en el momento en que él sabe que van a ser realizadas, las acepta. Tal es el caso de los efectos que son producidos por delitos en los que intervienen la intención directa de segundo grado (dolo eventual) y de consecuencias necesarias.

Definitivamente, los resultados secundarios puramente causales de la conjunta, el hombre no los quiere ni los acepta, los guía solamente el orden de la naturaleza. Las que además son finalísticas, están abarcadas por la voluntad de concreción y también pueden ser producto de factores de orden causal, cuando el sujeto dirige su acontecer o se aprovecha de él para lograr sus metas.

La diferencia tajante entre una y otra clase de consecuencias secundarias, radica en el hecho de que, a pesar de que ambas incluyen a la causalidad, en el caso de las finales interviene la previsión y el asentimiento y en las causales, puede o no darse el prever, aunque el querer o la aceptación o aparecen.

Nota que en las consecuencias secundarias pueden presentarse las siguientes hipótesis:

I. Propósito delictivo, unidad de conducta y unidad de ataque jurídico. Se da lugar para un solo delito; no se origina el concurso porque la voluntad de concreción se propuso un solo resultado y ese es el que se logra. Será sancionada con la punibilidad respectiva y atendiendo a la modalidad del delito que se presente.

II. Propósito delictivo, unidad de conducta y pluralidad de ataques jurídicos. Da paso a un concurso de delitos ideal o formal. La voluntad de concreción se fija en una sola conducta, que produce otros resultados no propuestos, los que a su vez, provocan varios ataques a preceptos penales diferentes entre sí (heterogeneidad) o de la misma naturaleza (homogeneidad). La sanción la marca el artículo 64º primer párrafo CPF.

III. Propósito delictivo, pluralidad de conductas y pluralidad de ataques jurídicos. Con ello se ocasiona un concurso de delitos real o material, que difiere del delito continuado, en que en este concurso de delitos el propósito está enfocado a la producción de un solo resultado. Su sanción la establece el artículo 64° CPF en su segundo párrafo.

IV. Unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y pluralidad de ataques jurídicos. En realidad, debería presentarse un concurso de delitos, aunque por la existencia de la unidad en el propósito delictivo, la ficción jurídica la ha querido considerar como una sola infracción penal y la llama delito continuado. Se sanciona de acuerdo al artículo 64° del CPF, en su tercer párrafo.

Estas hipótesis rigen nada más para el delito doloso o preterintencional. En la intención indirecta o culpa pueden presentarse todas, a excepción hecha del delito continuado. En ellas no se tomará en consideración el propósito delictivo, sino la voluntad de producir el resultado lícito o ilícito penal.

Puede ser que en el concurso real o material se aparezcan delitos con intención directa (dolosos) y con intención indirecta (culposos) en forma alternada o bien, sólo dolosos o culposos, sin que esto sea obstáculo para integrarlo.

(1) EL CONCURSO DE DELITOS.

Un solo resultado trae como consecuencia que se integre un delito único y la aplicación de las sanciones que su móvil típico prevé, siempre y cuando en el supuesto hayan quedado integrados los restantes elementos del ente jurídico-penal y la responsabilidad de la persona procesada.

Cuando se produce una pluralidad de resultados, bien sea con una sola conducta o con varias de ellas, se presenta un interesante problema, que en la doctrina penal y en la práctica forense es reconocido con el nombre de acumulación o concurso de delitos, siendo más técnica la última de estas denominaciones.

Este fenómeno jurídico se presenta en dos formas diferentes, que son: Concurso ideal o formal y concurso real o material. El primero se forma con varios resultados delictuosos que son producto de una sola conducta y el segundo, también consiste en diversos datos constitutivos de delito, aunque producidos con varias comportamientos.

Ambos hipótesis pueden presentarse tanto en los delitos cometidos con intención directa (dolo) como en los culposos (con intención indirecta). En cierta forma, en la culpa existe la calificación por el resultado, porque el sujeto responde por todos los datos que cause con su actuación lícita o ilícita no penal.

Voy a hablar del primer supuesto: El concurso de delitos ideal o formal. En él son producidos varios resultados dañosos, con una sola conducta activa u omisiva, que puede quedar integrada con uno o varios actos. También ocasionados por actividades o por inactividades.

Este existe cuando el sujeto activo tiene el propósito de llevar a cabo una conducta delictuosa y con el comportamiento único, ocasiona varios resultados dañosos y viola varias disposiciones penales. Puede ser homogéneo o heterogéneo, según que los bienes jurídicos lesionados sean de la misma o de diferente naturaleza.

Hay un ejemplo del concurso ideal o formal de delitos, cuando el individuo tiene el propósito de apoderarse de un reloj de pulso y en el momento en que precede a arrojárselo de la mano de la dama que lo porta, la lesiona. Si se consuma el apoderamiento, tendríamos robo y lesiones.

Si el apoderamiento no llegara a ser consumado, tendríamos una tentativa de robo y un delito consumado de lesiones. Esto nos demuestra que el concurso de delitos ideal o formal puede ser formado con tentativas o consumaciones, provocadas con una sola conducta activa u omisiva.

En el concurso de delitos ideal o formal, para poder integrarlo, necesitamos que se presenten los siguientes elementos:

A) El propósito de cometer la conducta delictiva. Este propósito deberá aparecer en las dos formas del concurso y en el delito continuado, puesto que sin él no hay lugar para que pueda hablarse de estos fenómenos jurídicos.

B) Una sola conducta integrada por varios actos. El concurso ideal y (el real se distinguen, porque en el primero aparece una sola conducta. El comportamiento del individuo debe ser integrado por una acción u omisión, compuesta por uno o varios actos.

C) Varios resultados dañosos. Esa conducta única debe ser la productora directa de dos o más resultados típicos, para que podamos hablar del concurso de delitos.

D) Varias violaciones a las disposiciones penales. Los diversos resultados típicos pueden estar contenidos en diferentes normas penales o en la misma, que será lesionada en diferentes ocasiones.

E) De la misma o de diferente naturaleza. Las violaciones a las normas legales pueden ser de idéntica o diferente índole, calificando al concurso ideal o formal como homogéneo o heterogéneo.

La acumulación de delitos ideal o formal debe ser sancionada de acuerdo con el artículo 64° del CPF, con la punibilidad correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá ser aumentada hasta una mitad más del máximo de su duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero.

El motivo de sancionar las conductas cometidas en el curso de delitos deriva de la *verum in re illicita* (actuar sobre cosa ilícita), que produce diversos resultados típicos. En ambos casos, debe quedar integrado el delito y comprobada la responsabilidad social o la penal.

Tenemos que existe un concurso de delitos real o material, cuando el sujeto tiene el propósito de llevar a cabo una conducta delictuosa y con varios comportamientos ocasiona diversos resultados dañosos y viola varias veces las disposiciones penales, de la misma o de diferente naturaleza.

El ejemplo se da cuando el agente quiere privar de la vida a un individuo y dispara varias veces una arma de portación prohibida, lesiona y priva de la vida a otros sujetos, roba un automóvil, con el cual choca y produce un daño en propiedad ajena.

En esta hipótesis tenemos el concurso real o material con los siguientes delitos: lesiones, homicidio, robo y daño en propiedad ajena, todos consumados. Pudiéndose presentar con tentativas o consumaciones, conductas activas u omisivas y varios actos de acción o de omisión.

Tuvo la oportunidad de escuchar en alguna ocasión, que un juez penal opinaba en el sentido de que en estos supuestos está siendo violado el principio *non bis in idem* (juzgar dos veces por el mismo delito), lo cual es una postura que resulta aborrrante e inconcebible, dado que es lo peor que pudiera decirse.

Esta situación no es violatoria de principio alguno, puesto que si bien es cierto que en determinado sentido es apoyada por la *verum in re illicita*, no menos cierto lo es que su calificación jurídica está guiada por la intención o propósito del autor de cometer la conducta delictuosa primaria.

No se estará juzgando al sujeto dos veces por el mismo delito, sino que es un solo juicio el que se lleva a cabo. Tampoco estaremos enjuiciando doblemente una conducta, porque estamos en presencia de varias de ellas y/o de diversos resultados típicos; por lo tanto, es ilógico concluir que se trata de diferentes juicios.

En el proceso de la valoración jurídica, para integrar al concurso de delitos real o material, tenemos que verificar la presencia de los siguientes elementos:

a) Propósito de cometer la conducta delictuosa. La finalidad del sujeto activo debe estar dirigida a la comisión de los comportamientos constitutivos de delito.

b) Dos o más conductas. Esto es lo que diferencia a las clases de concurso de delitos; en el real o material existen varias conductas que pueden estar constituidas a la vez, por dos o más actos activos u omisivos.

c) Varios resultados dañosos. Asimismo, con las diversas conductas deben ser producidos dos o más resultados tipificados, que es lo que integrará a los diferentes delitos en concurso.

d) Varias violaciones a los preceptos penales. Si es ocasionado más de un resultado dañoso, habrá diversas violaciones a las normas penales.

e) De la misma o de diferente naturaleza. Esas normas penales pueden ser idénticas o diversas, dándose al concurso de delitos real o material la cualidad de ser homogéneo o heterogéneo, respectivamente.

El concurso real de delitos, según los postulados del artículo 64 del CPF, recibe el siguiente trato: "En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente por cada uno de los demás delitos, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos, sin que exceda de los máximos señalados en el Título Segundo del Libro Primero.

Puede suceder que en el concurso de delitos real o material concurren ilícitos penales de carácter federal y del fuero común, del Código Penal o de las normas penales especiales, sin que esto sea óbice para que el fenómeno penal pueda darse. La misma regla rige para el concurso de delitos ideal o formal.

En mi concepto, durante la indagatoria del delito o averiguación previa, debe procurarse la integración de todos los delitos que el sujeto hubiese cometido, procurando evitar el tan usado "desgloce". En las procurcías de consignación y en las conclusiones acusatorias, el Ministerio Público debe hacer valer el concurso de delitos.

Además de mencionar que existió tal figura jurídica, la autoridad ministerial debe fundar y motivar la imputación o pedimentos, puesto que se exigen los mismos requisitos constitucionales que son comunes a cualquier acto de autoridad, aunque sea discutible si ante el juzgador el Ministerio Público es o no autoridad.

(m) EL DELITO CONTINUADO.

El delito continuado está presente cuando el sujeto activo tiene el propósito general de cometer varias conductas delictuosas (unidad de propósito delictivo) y con una pluralidad de conductas, lesiona varias veces la misma disposición legal (identidad de precepto legal violado).

Como podrá notarse, en efecto, en esta hipótesis hay varios delitos y bien podría tratarse de un concurso, aunque la benevolencia del doctrinario y del legislador ha llegado a considerarlo como uno solo, a fin de evitar aquellas sanciones excesivas de pena privativa de libertad y en otro tiempo, la de muerte.

No es de aceptarse que hablemos de un delito continuado, cuando las diversas violaciones de que se trate en el caso concreto, están referidas a bienes jurídicos personalísimos, como lo serían, por ejemplo, la vida y la salud, para evitar que entonces, pueda llegar a darse la impunidad.

Tenemos el ejemplo del delito continuado, cuando el sujeto activo tiene el propósito genérico de apoderarse de un collar de perlas cultivadas y para efectuarlo, se va apoderando de las piedras una por una, hasta llegar a completar el collar y con ello, consuma un solo delito de robo.

En la doctrina y en la práctica, cuando queremos completar el delito continuado, tenemos que verificar la presencia de los siguientes elementos:

1. **Unidad de propósito delictivo.** Se expresa en el objetivo del sujeto de cometer todas y cada una de las conductas delictuosas. En los delitos que son llevados a cabo con intención indirecta o culposa, no puede ni mencionarse al delito continuado, porque faltará el propósito delictivo.

2. **Intensión directa de primer grado dirigida a la realización de la conducta delictiva.** La intensidad con la que el sujeto matice su conducta debe ser directa y de primer grado (sólo dolo directo), que también ha sido llamada dolo total previo y va dirigida a todas las conductas.

3. **Pluralidad de conductas.** El delito continuado se integra con dos o más conductas, que produzcan, a la vez, dos o más resultados delictuosos.

4. **Identidad de precepto legal violado.** Este elemento resulta imprescindible para que podamos hablar del delito continuado, ya que no puede darse la figura si se trata de conductas que están especificadas de delitos tipo diversos.

Nótese que la exigencia que se hace en el delito continuado es en el sentido de que sea lesionada varias veces el mismo valor jurídico (patrimonio, por ejemplo), aunque no se pide que este bien pertenezca a idéntico sujeto pasivo; es decir, que no se requiere que haya identidad en el titular del Derecho lesionado.

Puede presentarse una hipótesis de este fenómeno jurídico cuando se trata de robo, robo y robo; no así, si hay un robo, un abuso de confianza y un fraude, aunque el sujeto tuviera el propósito de obtener todo el dinero que hubiera en un banco. En este supuesto habría un concurso real o material de delitos.

El período de consumación del delito continuado es discontinuo, porque cada una de las conductas que nos sirven para integrarlo, tiene su propia consumación y el ilícito no se perfecciona objetivamente, más que con la suma de ellas, que tampoco tienen un período determinado para su realización. No importa el tiempo que transcurra entre una y otra conductas; mientras persista la unidad de propósito delictivo en el autor, habrá la posibilidad de que sea integrado un delito continuado. Puede decirse que no es necesario siquiera que el agente activo lo tenga fijado en sus metas.

No podríamos decir que el delito continuado pueda quedarse en el grado de tentativa o intento; aunque sí podría haber tentativa de cada una de las conductas que lo integren. Si puede hablarse de un delito continuado de puras tentativas, de otro que sea resultado de puras consumaciones y otro más, de consumaciones y tentativas.

Según el CPF, en la tercera parte del artículo 64, el tratamiento jurídico-legal de este instituto es el siguiente: "En caso de delito continuado, se aumentará hasta una tercera parte de la pena correspondiente al delito cometido".

Ya dije que en el caso de bienes personalísimos (indisponibles), no puede mencionarse al delito continuado, en virtud de que este está referido a valores jurídicos que pueden ser disponibles y cuya identidad permite que sean lesionados en diferentes ocasiones; por ejemplo, en el robo, la propiedad y la posesión personales, sociales o estatales.

Si bien es cierto que la pena privativa de libertad corporal es acumulada en cierta forma en el delito continuado, también lo es que no sucede lo mismo con la compensación del daño, porque si son varias las personas ofendidas, el delincuente habrá de compensar a cada una los daños y perjuicios ocasionados, que cada uno pudiese comprobar.

(n) LAS CLASES DE RESULTADOS.

He de mencionar una vez más, que no puedo existir una conducta, esté o no relacionada con los postulados de la normatividad jurídico-penal que sea independiente de un efecto, que es la consecuencia necesaria e ineludible de la actuación de los hombres. El resultado es una de las partes más importantes de la conducta consumada.

Pues bien, ahora no me queda más que aclarar cuáles son los tipos de alteraciones que pueden ser producidos en el momento en que es realizada la conducta. Aún en la tentativa existe un efecto, que será la puesta en peligro del valor jurídico que encuentre amparo en las leyes penales.

Primeramente, tenemos al resultado jurídico en puridad, que puede ser comprendido como la violación al deber que emana de la norma en la cual está prohibida o prescrita determinada conducta; es la controversia, la lesión, la puesta en peligro o la destrucción del bien jurídicamente protegido.

Al lado de este, podemos encontrar una consecuencia de índole jurídica y material, que es traducida como la transgresión a la norma, en el momento en que con la conducta se ve alterada la realidad de hechos; este resultado puede ser físico o anatómico, fisiológico, psíquico, químico o económico.

Aunque el efecto dañino sea de naturaleza psíquica, como la alteración que es producida en el orden mental de un sujeto (como moral), lo vamos a entender como una mutación en el mundo externo, atendiendo a que será todo aquello que sea ocasionado con el comportamiento exterior del individuo que actúa.

Cabe que haga la mención de que cuando con la conducta se consigue el objetivo que fue propuesto por la voluntad de transgresión y éste coincide con el efecto jurídico o material, estamos ante la presencia de un resultado que debe ser considerado como final o finalístico.

También hay que recordar que, cuando además de esos efectos dañosos propuestos por la voluntad de transgresión, se dan otras alteraciones jurídicas o materiales, entonces podremos hablar de un resultado causal, en el que intervienen como factores determinantes las leyes de la naturaleza, los comportamientos animales o humanos que son ajenos a quien desplegó la conducta.

Por último, vale decir que la conducta puede ocasionar un resultado que pueda ligarse a una de las normas jurídicas y también hay que decir que, además del resultado típico (el penal o el extrapenal), podría suceder que con la misma conducta se produjera un resultado atípico, que adquiere relevancia para la compensación del daño.

(II) EL RESULTADO JURIDICO.

Tan pronto como la conducta humana voluntaria (con voluntad simple o consciente) e intencional deja sentir su presencia en el mundo de la normatividad jurídico-penal, sin alterar el sector de los hechos materiales, aparece el resultado jurídico. Tales los comportamientos delictivos tienen un resultado jurídico.

Esta clase de resultado se refleja en el marco del deber ser y puede equipararse al ajuste del postulado normativo o a la transgresión de la norma. Más bien, puede ser identificado con la violación al deber ser de obrar o de abstenerse, que está contenido en el marco de explicitación del delictivo.

En las áreas que están relacionadas con la punición, el resultado puede quedar contenido a los postulados de explicitación de la norma (cuando solo es jurídico) o encontrar ciertos desajustes a ellos y a la conducta que detallan (cuando es material, en el delito de mera conducta) y un ambos casos, debe ser totalmente valorado.

Cuando en un delito de mera conducta existe además un resultado material, este daño debe ser tenido en consideración en el momento en que sean aportadas y valoradas las pruebas idóneas para cuantificar la compensación de los daños y perjuicios (físicos y morales) causados al ofendido.

La conducta que está relacionada con el área jurídico-penal siempre tendrá entre sus efectos al resultado jurídico, aunque la norma exija un mutamiento en el mundo exterior. Lo que adquiere mayor relevancia es la desobediencia de actuar el deber de obrar o de abstenerse que emana de sus postulados.

El sujeto está obligado, mediante la coacción y la coerción del estado, a evitar las mutaciones jurídicas en el mundo de la normatividad legal en general; al obrar tiene que atender a los deberes generales de cuidado, que han sido impuestos erga omnes, por las normas que integran el catálogo de la normatividad penal.

Un resultado de naturaleza jurídica existe en todas las áreas en las cuales el deber ser se manifieste; lo mismo podemos hablar de un resultado jurídico penal, que civil, laboral, mercantil, administrativo, constitucional, etc. A nosotros nos interesa el área penal, porque estamos hablando de las manifestaciones que pueden dar origen a un delito.

En los ilícitos de resultado material, el resultado jurídico (violación a la norma) y el mutamiento en el mundo exterior se complementan en la petición típica y en el área de los hechos pueden aparecer juntos o separados; por ejemplo, en la tentativa de un delito material, únicamente se dará el efecto jurídico y el otro quedará latente.

Esta modalidad del resultado no ha tenido la importancia que merece en la tradicional teoría del delito, ya que únicamente se habla de ella en los ilícitos de mera conducta o formales. Los tradicionalistas se olvidaron de que debe existir en todos los delitos, puesto que su aparición es lo que motiva el interés penal.

Considero que todo delito trae consigo una alteración en el mundo de la normatividad jurídica y que también, puede tener cambios que pertenezcan al orden extrajurídico, aunque sólo habrán de importarnos aquellos resultados que puedan ser ligados a las normas jurídico-penales.

Las conductas que producen un indiferente jurídico (algo sin relaciones con las áreas de nuestra normatividad), para nada nos interesa valorarlas. Vamos a ver que tanto el resultado que en puridad se denomina jurídico, como el cambio material, deben tener el calificativo de jurídico, porque se encuentran descritos en normas de esta clase.

Los resultados penales, a más de ser jurídicos deben ser típicos; es decir, que deben encontrarse descritos en un delito-tipo. Debemos recordar que también la conducta además de tener efectos típicos, puede dar lugar a alteraciones extratípicas. El resultado jurídico que va a ser valorado en el área penal, es aquel que trae como consecuencia la lesión, puesta en peligro, controversia o destrucción de un valor protegido.

En las normas penales ordinarias o especiales se preve determinandos delitos-tipo, en los cuales únicamente ha sido considerado el resultado jurídico, sin que importe si producen o no un cambio material, más que en los momentos en que puedan integrar otro delito, para que den lugar a un concurso o en la compensación del daño.

Un ejemplo de delito-tipo que atiende únicamente al resultado material en sus postulados de explicitación, lo tenemos en el numeral 265º del CPF, que nos habla de la violación. Si de esto resultare un embarazo, podría darse como pena el pago de alimentos al hijo que naciese (en la compensación del daño), que nuestra ley no prevé.

El delito-tipo que mencioné dice así: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicará prisión de seis a ocho años". Indudablemente, la violencia material puede traer como consecuencia lesiones que sean subsumidas en la misma conducta o que integren un delito diverso.

En este supuesto se hace referencia al mero comportamiento: Cópula violenta, que a la vez, constituye el mismo resultado jurídico del delito; la alteración material que pudiera darse, será valorada solamente para cuando pueda constituir parte de un concurso de delitos o para fijar el monto de la compensación del daño.

(o) EL RESULTADO MATERIAL.

Esta clase de efecto fue la que adquirió mayor importancia en los postulados tradicionales de la teoría del delito, puesto que la mayoría de los delitos-tipo que son descritos en la parte especial de los Códigos Penales, requiere de un mutamiento en el mundo exterior, que es denominado resultado material.

El cambio que es producido en la malidad de hechos puede ser de naturaleza diferente; así podemos hablar de efectos físicos o anatómicos, fisiológicos, psíquicos, químicos o económicos; en este último apartado quedan comprendidos los atentados en contra de la propiedad, de la posesión, por ejemplo.

El resultado material es al mismo tiempo, una alteración jurídica, ya que tiene su regulación en una norma de ese mismo orden. Podemos ver que existen efectos materiales jurídicos y extrajurídicos, típicos y extratípicos. Los jurídicos pueden ser penales o extrapenales, según la naturaleza de la norma que alteran.

El resultado material típico es aquel que propiamente pertenece a una norma jurídico-penal. El extrajurídico es a la vez extratípico y es aquel que conforma un ilícito extrajurídico. El efecto material de origen físico o anatómico se da sobre la estructura del cuerpo humano (constitución corporal). El ejemplo lo puede ser la alteración en la salud, en el delito de lesiones.

Si el cambio tiene naturaleza fisiológica, ha de referirse a la pérdida o disminución, en las funciones de cualesquiera de las partes del cuerpo. Verbi gratia, pérdida de la función de los ojos o del oído, que también puede ser producida por un delito de lesiones. El transcurso que se da en la mente del sujeto o en su alma, es producto de un resultado psíquico. Un ejemplo lo es el estado anímico que constituye un delito de amenazas o la coacción que debe ejercerse sobre el pasivo, cuando se tiene como fin el de imponerle la coacción violenta.

También los cambios en la materia o en la energía de una cosa pueden ser parte del resultado material, cuando esto es de origen químico. Así tenemos el proceso de purificación de la cocaína, en los delitos en contra de la salud en materia de drogas, la producción ilícita de medicamentos, etc.

Por último, debe considerarse el resultado de naturaleza económica. Que se da cuando hay una disminución o alteración en el patrimonio del sujeto. El ejemplo lo tenemos en el delito de robo, la desposesión en el delito de despojo y en todos los demás ilícitos que están relacionados con la propiedad o la posesión.

En última instancia, todos estos tipos de resultado pueden transformarse en económicos, porque se traducen en el pago de una cantidad de dinero por los daños y perjuicios sufridos por el ciudadano. Esto es para el efecto de la compensación del daño, que debe pagarse al pasivo o a sus causahabientes con motivo de la comisión del delito.

El resultado material adquiere notable relevancia en el estudio de la teoría tradicional; en ella se consideró que traía como consecuencia un hecho. Esta clase de resultado siempre tiene incidencia en el ámbito de la realidad factica y se traduce en la alteración que provoca la conducta del sujeto en el mundo exterior.

Un ejemplo desde el punto de vista legal, es fácil de encontrar. El CPF nos lo menciona en el artículo 323º, que contiene al delito-tipo de parricidio: "Se da el nombre de parricidio al homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta, sabiendo el delincuente ese parentesco".

(p) EL RESULTADO FINAL.

Estamos ante la presencia del resultado final, cuando el propósito que guiaba la conducta del agente coincide con el cambio jurídico o material que con ella se llega a producir. reiteradamente he dicho que cuando el ser humano actúa voluntaria y conscientemente lo hace con cierto propósito o finalidad; es decir, con determinado fin.

No se hace ni se deja de hacer por el simple deseo de actuar, toda acción u omisión humana desplegada en forma voluntaria (simple o consciente), e intencional lleva en sí misma determinada dirección finalista o el propósito de modificar el mundo exterior. Esa misión u objetivo es el impulso del hombre en el momento de actuar.

Para el estudio del resultado en general, la teoría del delito de los autores tradicionalistas sienta su pensamiento en dos corrientes: a) La doctrina naturalista; b) los postulados jurídicos. La primera observa al resultado como la consecuencia natural del comportamiento humano y la segunda, lo ve como un efecto de la conducta que incide en el mundo jurídico.

He querido sintetizar o conciliar las dos posturas y atiendo a las posiciones de la teoría tradicional de la acción; así, digo que el resultado es la natural consecuencia de la conducta humana, que interrumpe en el campo de lo jurídico-penal.

Al hablar del resultado final no tengo otra mira que la de considerar que los efectos lesivos de la actuación del hombre, que irrumpen en el mundo jurídico-penal logran lo que se ha propuesto la voluntad de concreción. Pueden coincidir con el propósito primario del agente, aunque también puede suceder que se excedan de él.

Si se da la segunda hipótesis, se vale de algunas consecuencias del rumbo de la causalidad, para cumplir con el objetivo. Los efectos pudo haberlos previsto y no obstante esa previsión, el deseo de llevar a un fin, hace que no los acepte en caso de que pudieran producirse o que no los evite, si es que no los previó y son evitables.

El resultado final se bifurca: Por un lado, tenemos a los efectos que coinciden plenamente con el propósito del agente y por el otro, aquel daño que, aunque no estaba dentro de su finalidad, va a aceptar con tal de que se produzca lo que deseó con intensidad.

El ejemplo es fácil de encontrar y lo tenemos en los delitos cometidos con intención directa de consecuencias necesarias: Un hombre tiene el propósito de dinamitar un avión, para que mueran tiros de las personas que viajan en él. Pone la dinamita en el aparato y prevé que, como consecuencia de su acción, ha de morir un número de sesenta personas más que van en la aeronave. La previsión no lo hace cesar de su objetivo.

El resultado final será cuando logre todo aquello que se propuso la voluntad de concreción, cuando en la consecución de sus fines acepte lo que pudo prever o no presentarse y lo que será consecuencia de su actuación necesariamente, que puede quererlo o bien, aceptarlo.

La consecución de un resultado final es el motor que impulsa al hombre a retar al curso de los acontecimientos naturales, la guía de su conducta. Es un proceso interno el que lo motiva, el que lo hace exteriorizar su voluntad a través de una acción u omisión, que puede tener carácter delictuoso.

Como podremos concluir, es diferente calificar un delito por el resultado, que calificar el resultado del delito. Lo primero implica prescindir de la voluntad del hombre al hacer la valoración y lo segundo, incluir todo el proceso interno, para relacionarlo con lo externo y ver si esto es la consecuencia de aquello.

Podemos terminar esta parte de la exposición, diciendo que el resultado final es aquel en el cual coinciden los efectos de la conducta con el propósito del autor y por el otro lado, será el que se produzca como consecuencia necesaria de su actuación y aunque no lo haya previsto como posible, lo busca en el empeño por alcanzar la meta prefijada.

(q) EL RESULTADO CAUSAL.

En realidad, podría decirse que al hablar de un resultado causal, entro en una aparente contradicción, habida cuenta de que todos los efectos son producidos por una causa. Así vemos que, tanto el resultado jurídico, como el material, causal o final, es el efecto lógico y natural de la causa que el agente ha puesto con su conducta.

La diferencia estriba en el hecho de que el resultado final tiene como causa decisiva solamente el propósito del autor y en los restantes influyen tanto la finalidad del sujeto, como las leyes de la causalidad o bien, las fuerzas animales o humanas diferentes al actor.

El resultado causal también le es imputado al sujeto activo, siguiendo el principio o trabalengas que dice: "La causa de la causa es la causa de lo causado". En este tipo de efectos son mencionadas la previsión o lo que prevé el hombre para evitar causar estas alteraciones. En él solamente tiene injerencia la causalidad, tal y como la habían entendido los partidarios de la teoría tradicionalista.

El efecto causal sucede en todos aquellos supuestos en los que intervienen como factores determinantes las fuerzas de la naturaleza o de los animales. A este se le pensará, cuando lleguen a sus justos límites la previsión y la provisión del agente para evitarlo. Recuérdese que lo jurídico-penal rige para que lo cumpla el hombre común y corriente y no para el superdotado.

Las consecuencias secundarias que escapan al poder de previsión, previsión y evitación del hombre ordinario no son penalmente sancionables, ya que llegaríamos a los extremos de la no exigibilidad de la conducta y así cuando se integre un comportamiento típico y antijurídico, faltaría para completar al delito, el último de sus elementos: la culpabilidad.

En las hipótesis en las que interviene un resultado puramente causal, entiéndase como caso fortuito, el sujeto está exento de responsabilidad, al no poder prever o prever lo imprevisible o imprevisto o al no llegar a evitar lo inevitable. En este supuesto existe un caso de ausencia de conducta, en el cual faltará la intención de la voluntad para producir el resultado.

El efecto causal está solamente guiado por el rumbo de las leyes de la causalidad las cuales, al no poder preverlas el hombre por su escaso conocimiento de los factores naturales, difícilmente puede llegar a modificarlas y en el remoto caso de que pudiera preverlas, escapan a su poder de previsión o evitación.

Un ejemplo, lo sería el hecho de que caiga un árbol y como consecuencia de ello, se produzca la muerte de una persona. Aunque un sujeto en una rifa lo hubiese enajenado al lugar de los hechos, no puede serle imputada la muerte, ya que no podía prever que cayera el árbol ni evitar su caída.

(E) EJEMPLOS LEGALES TOMADOS DEL CPF DE LAS CLASES DE RESULTADOS.

RESULTADO JURIDICO:	Art. 265º, delito-tipo de violación: "Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo".
RESULTADO FINAL:	Art. 260º, delito-tipo de atentados al pudor: "Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber, o con el consentimiento de ésta última, ejecute en ella un acto erótico sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula".
RESULTADO MATERIAL:	Art. 302º, delito-tipo de homicidio: "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro".
RESULTADO CAUSAL:	Art. 290º, delito-tipo de lesiones: "Al que infiera una lesión que deje al ofendido cicatriz en la cara permanentemente notable".

Como podrá observarse, los delitos-tipo que utilizó a guisa de ejemplo de las clases de resultado, no corresponde en forma exclusiva a una de ellas, es la tarea de las autoridades ministerial o judicial ubicarlos en el lugar correspondiente.

(95) LA CLASIFICACION DEL DELITO EN ATENCION A SU RESULTADO.

Considerando todo lo que expuse, la clasificación del delito en atención a su resultado será la siguiente:

- A) Delitos de inactividad impropia o de comisión por omisión.
- B) Delitos de resultado jurídico o de mala conducta.
- C) Delitos de resultado material.
- D) Delitos de resultado cortado.
- E) Delitos intentados o en grado de tentativa.
- F) Delitos consumados.
- G) Delitos instantáneos.
- H) Delitos permanentes.
- I) Delitos continuados.
- J) Delitos instantáneos con efectos permanentes.
- K) Delitos recurrentemente permanentes.
- L) Delitos alternativamente permanentes.
- M) Delitos eventualmente permanentes.
- N) Delitos de dolo.
- O) Delitos de peligro.

(a) DELITOS DE INACTIVIDAD U OMISION IMPROPIA.

También se los llama "delitos de comisión por omisión" y son aquellos en los cuales la conducta omisiva del agente ocasiona un resultado típico jurídico y además, ayuda a producir o no evita el acontecimiento de un resultado material descrito en las normas de naturaleza penal.

Ejemplo: Art. 386º del CPF delito-tipo de fraude: "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido". (397)

(b) LOS DELITOS DE RESULTADO JURIDICO.

En la doctrina jurídico-penal se los llama también "delitos de mera conducta o formales". Existen cuando el tipo se colma con la sola realización de una conducta activa u omisiva que asumió el sujeto. Producen la sola alteración de la norma, sin llegar a atender si es que tienen un cambio en el exterior, mas que para efectos de concurso de delitos o de compensación del daño.

Ejemplo: Art. 335º del CPF, delito-tipo de abandono de incapaces: "Al que abandona a un incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo la obligación de cuidarlos".

(c) LOS DELITOS DE RESULTADO MATERIAL.

Pueden darse cuando, para que se configure el delito, la descripción típica exige algo más que la violación de la norma: Una mutación en el mundo de la realidad de hechos o fáctico, que puede ser física o anatómica, psíquica, química, económica o fisiológica.

Ejemplo: Art. 367º del CPF, delito-tipo de robo: "Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley".

(d) LOS DELITOS DE RESULTADO CORTADO.

Se da esta clasificación en los delitos en los que la propia ley considera que se tendrán como consumados en un momento cualquiera del iter criminis, anterior a la propia consumación.

Ejemplo: Art. 164º del CPF, delito-tipo de asociación delictuosa: "... Al que tomare participación en una asociación o banda de tres o más personas organizadas para delinquir, por el sólo hecho de ser miembro de la asociación o independientemente de la pena que le corresponda por el delito que pudiera cometer o haya cometido".

(e) LOS DELITOS INTENTADOS.

Son aquellos que se asemejan a los de resultado cortado, considerando que el momento de la consumación se da cuando el agente hace el intento de cometerlo y no lo consuma, por causas ajenas o propias a su voluntad.

Ejemplo: Cualquier delito que esté tipificado en el CPF, en el cual el propósito del agente quede en el simple intento, siempre y cuando la figura no sea contraria a su esencia. (398)

(f) LOS DELITOS CONSUMADOS.

Estos son los que adquieren la perfección en la objetividad jurídica; es decir, serán aquellos en los cuales se ha logrado integrar todos los elementos del delito.

Ejemplo: Cualquier figura del CPF, en la que se llegue a la consumación.

(g) LOS DELITOS INSTANTANEOS.

Son aquellos en los cuales, tan pronto termina el proceso ejecutivo, se agota la consumación, por la imposibilidad de que perdure, porque el bien jurídico en contra del cual se dio el atentado ha sido destruido.

(397) Aquí hay que atender a la crítica que hago en la Sección Tercera. En el caso de que la omisión por sí sola produce el resultado material, no es necesaria la posición legal de garantía respecto al bien jurídico (calidad de garante), dado que el supuesto lo prevé en la propia norma.

(398) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (B). Número (94). Los Resultados.

Ejemplo: Art. 302º del CPF, delito-tipo de homicidio: "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro".

(h) LOS DELITOS PERMANENTES.

También se los ha denominado "delitos continuos" y existen cuando, tan pronto y como termina el proceso ejecutivo, su consumación se prolonga por más o menos tiempo.

Ejemplo: Art. 364º del CPF, delito-tipo de privación ilegal de la libertad: Fracción I: "Al particular que, fuera de los casos previstos por la ley, detenga a otro en cárcel privada o en otro lugar por menos de ocho días".

(i) LOS DELITOS CONTINUADOS.

Se dan cuando en el delito existe un período de consumación discontinuo, con unidad de propósito delictivo, dolo total previo, pluralidad de conductas e identidad de precepto legal violado.

Ejemplo: Lo admiten todos aquellos delitos que reúnan las anteriores características y que no están referidos a bienes personalísimos (indisponibles).

(j) LOS DELITOS INSTANTÁNEOS CON EFECTOS PERMANENTES.

También puede denominárselos "delitos permanentes impropios". Se dan cuando tan pronto y como termina el proceso ejecutivo, se agota su consumación, produciendo los efectos que se producen con la conducta por más o menos tiempo.

Ejemplo: Art. 288º del CPF, delito-tipo de lesiones: "Bajo el nombre de lesiones se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa".

(k) LOS DELITOS NECESARIAMENTE PERMANENTES.

Existen cuando tan pronto y como termina el proceso ejecutivo, es necesario que la consumación se prolongue en el tiempo, para que cese la retención del estado antijurídico.

Ejemplo: Art. 207º del CPF, delito-tipo de lenocinio: Fracción I: "Al que rogante, administre o sostenga directa o indirectamente prostibulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución u obtenga cualquier otro beneficio con sus productos".

(l) LOS DELITOS ALTERNATIVAMENTE PERMANENTES.

Son aquellos que a la vez, pueden ser instantáneos y permanentes.

Ejemplo: Art. 267º del CPF, delito-tipo de raptor: "Al que se apodera de una persona por medio de la violencia física o moral, o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico sexual o para casarse...".

(m) LOS DELITOS EVENTUALMENTE PERMANENTES.

Estos son en esencia instantáneos, aunque en ocasiones especiales, la consumación pueda prolongarse en el tiempo.

Ejemplo: Art. 272º del CPF, delito-tipo de incesto: "...a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes".

(n) LOS DELITOS DE PELIGRO.

Son aquellos en los cuales el bien jurídico tutelado se ve ante un riesgo inminente o actual con la conducta del sujeto activo.

Ejemplo: Art. 387º del CPF, delito-tipo de libramiento de cheques sin fondos: Fracción XXI: "Al que libre un cheque en contra de una cuenta bancaria, que sea rechazado por la institución o sociedad nacional de crédito correspondiente, en los términos de la legislación aplicable, por no tener el librador cuenta en la institución o sociedad respectiva, o porque éste carece de fondos suficientes para el pago".

(n) LOS DELITOS DE CONTROVERSI.

Existen cuando es puesta en duda la titularidad o el libre ejercicio del bien jurídico que intenta protegerse con la descripción normativa.

Ejemplo: Art. 226º del CPF, delito-tipo de ejercicio indebido del propio derecho: "Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que daba ejercitar empleare la violencia".

(o) LOS DELITOS DE LESION.

Esta clase de delitos precisa de que la esencia del bien jurídico sea alterada, sin que se llegue a su destrucción.

Ejemplo: Art. 288º del CPF, delito-tipo de lesiones: "Bajo el nombre de lesión..."

(p) LOS DELITOS DE DESTRUCCION.

Esta clasificación se da cuando la conducta termina con el bien jurídico tutelado en la descripción normativa.

Ejemplo: Art. 302 del CPF, delito-tipo de homicidio: "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro".

(96) LA RELACION ENTRE LA CONDUCTA Y EL RESULTADO.

A esta terna la doctrina tradicional del delito lo reconoce con la denominación de "nexo causal" y se lo explica sencillamente como la relación de causa a efecto que podemos establecer entre la conducta y el resultado. Esto es, que el comportamiento humano debe ser el que produzca el cambio material.

Por tradición se ha estimado que ese vínculo causal (de causalidad, no de causa), solamente hace acto de presencia en los delitos que conllevan una mutación en el mundo exterior, cuando es producida por una actividad o acción. En realidad, son pocos los tratadistas que la aceptan para los delitos de comisión por omisión.

Según he dicho, considero que todas las actuaciones humanas son la causa decisiva que, necesariamente produce un efecto, entendido como el resultado jurídico y/o material. No es concebible un resultado que esté alejado de la voluntad e intención humanas y que no sea la causa del cambio típico, aunque en él también tenga intervención la causalidad.

He ampliado el nexo de causa a efecto para todas las clasificaciones del delito en razón a sus formas de manifestación. En primer lugar lo llamo relación entre la conducta y el resultado; esto es porque diferencio entre el nexo causal, nexo final, nexo material y nexo normativo, incluyéndolos a todos en el nexo naturalístico.

Mi nexo natural no está referido a la naturaleza o a la causalidad, implica consecuencias lógicas. Hace relación a todo lo que se da como respuesta de la finalidad con la que el nombre orienta su conducta, haciendo uso de las leyes de la causalidad: esto es, porque en ambos casos interviene la consecuencia lógica de su voluntad.

Para explicar al nexo natural RECASENS SICHES dice: "La naturaleza física en la acepción puramente científica es el conjunto de fenómenos concatenados por nexos de forzosa causalidad carentes de todo sentido; y, además, ajenos a toda dirección finalista; y, asimismo, ciegos o indiferentes para cualquier valoración". (399)

Como podemos observar, el eminente maestro RECASENS se refiere con los vocablos nexo natural, al proceso preponderantemente causal que escapa de la evitación del nombre y de su voluntad. Es decir, habla de los resultados que podrían producir bien un indiferente jurídico, bien un caso fortuito.

Voy a utilizar los términos *nexo natural* en sentido amplio, para hablar de cualquier consecuencia de la naturaleza a lo que pueda ser vinculada al hombre. En cambio, en sentido estricto, aplicado a lo jurídico-penal, podrá intervenir la voluntad como uno de los factores decisivos.

El *nexo natural restricto* se bifurca y por un lado tenemos al *nexo causal natural*, que se da en relación a lo que el individuo logró sin proponérselo, aunque actuando en forma voluntaria. No lo incluyó en sus objetivos, su propósito no está dirigido a él. Tal vez pueda llegar a explicárselo y a comprenderlo.

En cambio, el *nexo natural final* existe con relación a lo que el ser humano logró al desplegar su conducta con voluntad e intención, dirigiendo sus metas hacia ello, arrojando cualquier consecuencia. Podrá explicárselo, tuvo plena comprensión de ello y lo quiso. Conocía de antemano el rumbo de la causalidad y lo retó.

Para que el resultado que se obtuvo con el comportamiento del sujeto activo pueda serle cargado a su cuenta, se requiere que entre este cambio y la conducta exista, se pruebe y se compruebe una relación de causa a efecto. Es decir, que la acción u omisión haya sido la causa del resultado.

Por lógica, sabemos que a toda causa debe seguirle necesariamente un efecto, que puede o no coincidir con el propósito del agente. Si es así, la sanción le será impuesta porque entraron en juego su decisión y su evitación y si no, se lo estará sancionando por su aceptación, provisión o no evitación.

El *nexo natural* existe cuando la causa productora del efecto se comprueba, porque el suponíamos la causa ideal y el efecto perdura, quiere decir que la causa de la causa no es la causa de lo causado. O sea, que la conducta del sujeto activo no dio ocasión para que el resultado fuese producido.

Tanto en los delitos de mera conducta o formales, como en los ilícitos de resultado material debe existir ese vínculo entre la conducta y el resultado. En uno se dará con relación a la violación de la norma y en el otro, con respecto al nacimiento en el mundo exterior que se produce, se ayuda a producir o no es evitado.

En ausencia de la relación que debemos verificar entre la conducta y el resultado, nos será jurídicamente imposible atribuirle al sujeto activo esos efectos, dado que el acto de atribución se basa precisamente en que el daño proceda del sujeto mismo, de su "mismaidad", como dirían en Italia.

Por ser la relación entre la conducta y el resultado el último de los momentos del elemento subjetivo-material, al no aparecer anula a éste y provoca al mismo tiempo, la declaración de la inexistencia del delito en el mundo jurídico, por presentarse una de las hipótesis de la ausencia de conducta.

(a) EL NEXO CAUSAL.

A este tipo de relación que debe darse entre la conducta y el resultado es el único al que le da reconocimiento la teoría tradicional. Tiene un carácter puramente causal (de la naturaleza) y podemos encontrarlo cuando la conducta activa u omisiva desplegada por el agente conlleva una mutación en el mundo externo de carácter diverso.

Al *nexo causal* se lo enfoca únicamente a la conducta que tiene resultado material, si es activa, para atribuírselo al sujeto actor. El problema que se presenta se da en el momento en que hay que referirlo al comportamiento inactivo u omisión, que explicaré en breve.

De lo que se trata es de verificar que la conducta activa u omisiva, para quienes actúan en la inactividad ese *nexo*, fue la que produjo el resultado que se dio en el mundo externo, pero se llega al absurdo de ampliar el *nexo causal* a comportamientos que están fuera de la relación procesal penal.

Así, para poner un ejemplo, se dice que en el adulterio no solamente son responsables los adúlteros, porque no fueron los únicos que pusieron una condición, sino el que hizo la cama, el que fabricó la madera, etc. Llegando a establecer el "correctivo por la culpabilidad".

Para el estudio de nexo causal en la acción, existen las siguientes teorías:

1. La teoría generalizadora. Defendida por VON BURI, considera que todas las condiciones (causas), son las que producen el resultado (efecto). Se llama también teoría de la equivalencia de las condiciones y se la puede bifurcar. Por un lado se atiende a todas las condiciones y por el otro, al conjunto de ellas.

Primero se dice que toda condición es la causa del resultado, aquí es donde se llega al absurdo que mencioné, y por el otro, nos dicen que es el conjunto de todas las condiciones el que causa el resultado. Ambas posturas tratan de limitarse con el llamado correctivo por la culpabilidad.

Con acierto, debemos pensar que la teoría de la conditio sine qua non (condición sin la cual no), deberá reducirse con la estimación de que el resultado solamente debe serle atribuido a las conductas voluntarias e intencionales (correctivo por la culpabilidad).

2. La teoría individualizadora. Saca del conjunto de todas las condiciones (causas), una sola, que es la que sirve para producir en forma indubitante el efecto (resultado), atendiendo a un criterio cronológico, cualitativo o cuantitativo (causa eficiente, adecuada, típica, última condición, condición más eficaz, etc.).

Si queremos estudiar al nexo causal en la omisión, la teoría tradicional del delito nos ofrece las siguientes posiciones:

A. La teoría del aliud, actum, agere o facere, contemporánea o diversa. La causa es la acción que lleva a cabo quien despliega la omisión en vez de la acción. (400)

B. La teoría de la acción precedente. Cuando el sujeto realiza una omisión, tiene el deber de evitar el resultado que ha producido con su hacer precedente. (401)

C. La teoría de la interferencia. Debe dominarse el impulso que obliga al sujeto a actuar. Ese impulso es la interferencia. (402)

D. La teoría de la omisión misma. El ser humano está obligado a realizar la acción; empero, la omite y despliega una omisión. (403)

En el uno y el otro tipo de delitos debe verificarse que la conducta sea la que produjo, ayudó a producir o no evitó la alteración en los mundos de la realidad fáctica y jurídica, porque en ausencia de este nexo de causalidad se hace imposible atribuirle como suyo el comportamiento al sujeto.

El nexo natural causal está enfocado hacia aquello que el sujeto logró con su comportamiento voluntario, aun sin proponérselo. Interesa, sobre todo en aquellos casos en que con una o más conductas son producidos diferentes resultados típicos jurídicos, para saber cuáles de ellos le son atribuibles.

No vamos a hacer distinciones sobre las primeras, intermedias o últimas condiciones, tampoco entre la acción y la omisión ni nos referiremos al conjunto de causas o a la causa exclusiva, mas que cuando sea absolutamente necesario.

Lo que más nos interesa es adecuarnos a nuestra realidad, a lo que justamente se da en la relación procesal-penal. Desde luego, tomaremos en cuenta los parámetros doctrinales y sobre todo, mi idea inicial de facilitar el estudio de la relación y su puesta en práctica.

La conducta que vamos a tomar como la posible productora de los resultados (efectos), es aquella por la que el sujeto ha sido sometido a juicio, no nos interesa si realizó otras o si algunas personas más intervinieron, si ello no ha sido allegado a la relación procesal-penal.

(400) Cfr. PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. pp. 353/6. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979

(401) IDEM.

(402) IDEM.

(403) IDEM.

Para efectos de la investigación del delito (averiguación previa), si que van a interesarnos todas las posibles causas y las concausas, para sacar de entre ellas la condición más efectiva para producir el resultado por el cual se inició la indagatoria y culpar a los presuntos responsables.

En cambio, en el juicio la autoridad judicial va a dedicarse a comprobar que la conducta activa u omisiva por la cual se está acusando al procesado, es la verdadera causa o condición de los efectos, para atribuirse la y fincar su responsabilidad.

Tanto en la acción como en la omisión, debe probarse y comprobarse, por medio del sistema individualizador, que tomará como causa productora del efecto la conducta voluntaria e intencional típica, que el comportamiento del procesado fue la causa efectiva del resultado dañoso.

(b) EL NEXO FINAL.

En el nexo si que pueden ser encontradas muchas controversias, dado que en la doctrina penal soy la primera que habla de él. Existe un nexo natural final cuando la conducta del hombre es la causa productora del resultado propuesto por la voluntad de concreción.

Este vínculo puede encontrar relación tanto con los efectos que han sido producidos por la causalidad, como en aquellos que son producto de la voluntad de concreción. Se da con respecto a los resultados que el individuo quiso y logró y con aquellos que no quiso y que se produjeron al intervenir los factores naturales y sin embargo, al realizarse los aceptó.

Interesa analizar el nexo final para descubrir los propósitos del agente, relacionados con aquello que logró y adquiere vital importancia en los delitos que fueron cometidos con intención indirecta o culposos. Existe tanto para los delitos de mera conducta como para los que tienen un resultado material.

En los primeros se comprueba en el momento en que se verifica que el hombre tuvo el propósito de transgredir la norma y lo hizo. En los segundos, debe probarse que el sujeto quiso producir la mutación en el mundo exterior y lo logró. Si a últimas fechas está de moda la teoría finalista, este nexo adquiere notable importancia.

Como ejemplo doy el siguiente: Cuando el hombre conoce la ley de la gravedad, puede intervenir en su curso para que una persona caiga al vacío, provocando su caída. Si se comprueba su propósito y su intervención, existe el nexo final. Como los fines del hombre son el factor decisivo, existe esa relación.

Se da en los delitos de acción y de omisión, de mera conducta y de resultado material, siempre y cuando el propósito y el resultado coincidan. Quiero aclarar que en la imputación del delito, no es necesario que concuerden todos estos vínculos que voy mencionando. Esta clasificación es didáctica.

En la realidad de la relación procesal-penal basta con que se compruebe que la conducta del hombre fue la productora del resultado. No hay más, si el resultado dañoso coincide con el comportamiento humano, lo es atribuible por ser suyo, de su misminidad o suitas, a lo italiano.

(c) EL NEXO NEGATIVO.

El nexo negativo es la relación que se da entre la conducta y el resultado de naturaleza jurídica, verificando que aquella sea la que produjo la alteración en el mundo jurídico, es decir, la violación o transgresión a la norma.

(d) EL NEXO MATERIAL.

Como contrapunto, tenemos al nexo material, que es la relación que se da entre la conducta y el resultado externo; es decir, que el comportamiento humano sea el productor de la mutación física o anatómica, fisiológica, química, psíquica o económica.

(e) EL NEXO EN LA ACCION.

La doctrina tradicional ha explicado ampliamente la relación que debe existir entre la conducta activa y el resultado producido. Para comprenderlo, baste aplicar lo que dije en lo que se refiere a los nexos causal y final.

El nexo en la acción se explica cuando, al suprimir la conducta activa que es objeto de la relación procesal-penal, no aparece el resultado material. El nexo final se dará, si el propósito del agente coincide con el resultado jurídico o material típico que se ha realizado.

FORTE PETIT expone: "¿Qué debemos entender por relación causal? (en la acción). Existe nexo causal cuando suprimiendo la conducta, no aparece el resultado. O sea, si se le suprime y no obstante se produce el resultado material, quiere decir, que no hay relación de causalidad". (404)

(f) EL NEXO EN LA OMISSION.

Este tema está ligado con los delitos de inactividad. Cabe recordar que la omisión puede ser pura o impura. Las consideraciones que hemos anotado, podrían ser aplicadas solamente con relación al nexo causal o material. Empero, recordemos que todo delito puede tener las relaciones que ya expliqué.

Voy a tratar primero al nexo causal: El problema de la relación causal en la omisión arranca del siglo XIX y se dijo de él que era una de las polémicas que menos frutos han dado en la ciencia jurídico-penal. Hay quienes lo aceptan y quienes lo niegan abiertamente.

Debo reconocer que, a mi juicio, el pensamiento acertado es aquél que considera que en la omisión existe un nexo causal; el que lo niega, es porque definitivamente, no ha meditado bien el problema. Para negarlo se ha dicho que "de la nada, nada puede nacer" o que "la nada da surgimiento a nada".

Hay que decir que quienes hacen a un lado el nexo causal en la omisión son poco imaginativos. Ocurre que si existe esa relación. Vamos a ver que, en primer lugar "la nada", es "algo": Es una de las formas de a conducta, el comportamiento negativo y no "nada", como se ha creído. Los delitos que son producidos por una "nada" (omisión), pueden ocasionar indirectamente "algo".

Con el delito de omisión pura se ocasiona una violación a la norma jurídica y con el de omisión por omisión, además de esa vulneración, se ayuda a producir o no se evita un resultado de naturaleza material y ambos casos producen responsabilidad penal, si el ente jurídico-penal ha quedado integrado con todos sus elementos.

FORTE PETIT explica: "El problema de la causalidad en la acción es opuesto al de la omisión, pues en la causalidad en la acción, si suprimimos una de las condiciones, el resultado no se produce, en tanto que en la causalidad en la omisión, si suprimimos la condición esperada y exigida el resultado se produce". (405)

Lo cual quiere decir que el meollo del asunto lo encontramos en que, cuando es suprimida la acción que es esperada y que se exige, el resultado es producido. Con relación a la omisión propia, el problema es bien sencillo: Si al suprimir la conducta causativa el resultado aparece, quiere decir que ella no la produjo. Al nexo final se lo explica en los términos de la acción.

En cambio, donde sí se presentan problemas es en la inactividad que trae por resultado al delito de omisión impropia, falso delito de omisión o delito espurio, en el entendido de que la conducta únicamente coopera para la producción del resultado material y no es la que lo produce.

(404) FORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 355. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979
(405) FORTE PETIT. Ob. cit., p. 353/6.

En el delito de comisión por omisión se está tomando en cuenta algo más que la simple desobediencia al mandato normativo, que es el hecho de ayudar a producir o no evitar el suceso material, cuando se tiene la obligación especial de hacerlo o no hacerlo. Es decir, que la conducta del sujeto es una de las causas y no la única.

En la hipótesis de que la omisión únicamente coopera para producir o que no evita el resultado material, el problema es complejo, habida cuenta de que en el momento en que suprimimos la inactividad, de cualquier manera el resultado quedará subsistente.

Entonces, lo que debe hacerse es comprobar la influencia de esa conducta en el resultado, o sea, hasta que grado fue descuidado el bien jurídico que se tenía la obligación de protegerse y si pudiendo desplegar una acción se hubiese evitado el resultado material y en la antijuridicidad, debe comprarse la posición legal de garantía.

Si la acción que el sujeto omitió hubiese ayudado a evitar el resultado dañoso, existe la relación entre la conducta y el resultado y si además, en la antijuridicidad es comprobada la existencia de la posición legal de garantía o calidad de garante y en la culpabilidad la exigibilidad entonces, el hombre debe ser declarado como responsable del resultado, tal si hubiese sido él quien lo produjo.

(97) LAS CONSECUENCIAS DE LA APARICION DEL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL.

Es muy importante precisar cuáles son las consecuencias que derivan de la aparición del elemento subjetivo-material o conducta. Esta situación problemática puede ser explicada en términos que resultan muy sencillos: Son dos los momentos jurídicos a los que tendremos que atender para resolver la cuestión.

En un apartado tenemos lo que denomino el momento de la prueba y en el otro, lo que he de llamar el momento de la comprobación. El primero es el que realiza la autoridad ministerial quien, como sabemos tiene la misión de allegar pruebas suficientes para presumir (*iuris tantum*), que la conducta está integrada.

Desde luego, también el Ministerio Público como autoridad, tiene que probar presuntamente que esa conducta es típica, antijurídica y culpable y la responsabilidad, para poder consignar con o sin detenido, la causa ante la autoridad judicial competente para conocer de los hechos.

El momento de la comprobación o de la valoración puramente jurídica, es el que lleva a cabo el juzgador quien, con base en las constancias que le presenta la Representación Social y la evidencia va a demostrar que ha quedado integrado el elemento subjetivo-material, para proceder a integrar los restantes elementos del delito y declarar su existencia y la de la responsabilidad.

(a) EN LA REALIDAD FÁCTICA.

Si en el mundo de la realidad de hechos aparece una conducta que deje sentir su presencia fáctica, podremos decir que el delito está presuntamente integrado, si es que como consecuencia de ese comportamiento tenemos un ataque injusto para un bien reconocido en el área de la normatividad penal.

A partir de este momento, en el mundo jurídico se nos permite establecer una presunción *iuris tantum* (salvo prueba en contrario) de que la conducta es delictuosa y a su autor se lo tendrá como presunto responsable, y debemos proceder a la búsqueda de todos los razonamientos que funden y motiven la consignación.

Las consecuencias derivadas de esta presunción, son de todos bien sabidas, se procede la denuncia o querrela de los hechos y en determinados casos, a la presentación del presunto responsable en alguna de las agencias del Ministerio Público de los fueros común o federal.

A partir de ese momento, la Representación Social (como única autoridad investigadora), debe realizar todas las diligencias necesarias, tendientes a la demostración de la existencia del delito y de la responsabilidad de la persona que se tiene como inculpada, para culminar en la consignación.

(b) EN EL MUNDO JURIDICO-PENAL.

Ya la actuación de la autoridad ministerial debe ser considerada dentro de este momento, en cuanto procede a actuar comienza la relación procesal-penal, es decir, que el sujeto entra en contacto con el mundo de la normatividad y de la legalidad (si es que se conoce la identidad del presunto responsable).

Aun cuando esas diligencias de la indagatoria no sean seguidas en contra de una determinada persona, sino de quien resulte responsable (Q.R.R.), la etapa procesal ha tomado su inicio y esto ocurre dentro del campo de la juridicidad penal y procesal-penal.

A las consecuencias de la aparición del elemento subjetivo-material o conducta, se las explica atendiendo a los momentos de la prueba y de la comprobación, que serán realizados por las autoridades ministerial y judicial, respectivamente, para demostrar la existencia del delito y de la responsabilidad.

Tanto una como otra autoridad, procederán a valorar las pruebas pertinentes para probar y comprobar, en su caso, que existen las posibilidades de que esa conducta sea típica, antijurídica y culpable, también para responsabilizar de su comisión a una persona determinada, consignando o sentenciando, según la hipótesis.

(D) LOS TEMAS AUXILIARES.

Para completar el estudio del elemento subjetivo-material o conducta, voy a proceder a explicar algo que he denominado temas auxiliares, de los cuales los autores tradicionalistas se ocupan y otros no y los que lo hacen, lo ubican en lugares diferentes a la sistemática que voy a utilizar.

Dentro de los temas auxiliares del elemento subjetivo-material incluyo: LAS CUALIDADES DE LA CONDUCTA, LOS COMPLEMENTOS PARA LA REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA Y EL LUGAR Y EL TIEMPO DE LA REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA. Considero que con ello agoto el análisis del aspecto positivo del primer elemento del delito.

(98) LAS CUALIDADES DE LA CONDUCTA.

Es muy importante que me ocupe ahora de tratar un tema auxiliar que complementa el estudio del elemento subjetivo-material o conducta, voy a proceder a hablar de las cualidades con las que podemos matizar al comportamiento humano penalísticamente relevante.

Son asuntos de singular importancia: La conducta cromática y acromática, la sintomática, la dependiente y la sincrética.

(a) LA CONDUCTA CROMATICA Y LA ACRONATICA.

En torno a este importante problema, los pensamientos doctrinales se han bifurcado: Por un lado tenemos a los teóricos que propugnan una conducta acromática o incolora, alejada de cualquier calificativo; por el otro, están las ideas de los estudiosos que consideran, con acierto, que la conducta está matizada, es decir, que tiene la cualidad de ser cromática.

Con respecto al acromatismo o la conducta incolora, se ha dicho que el primer elemento del delito (el subjetivo-material, lo llamo) se encuentra compuesto por una manifestación de voluntad, un resultado dañoso y una relación de causalidad entre ambos (a veces en la acción solamente y otros incluyen a la comisión).

En este sentido, la conducta es un concepto puramente causal, alejado de cualquier cualidad o tipo de valoración. Corresponde a las ideas de quienes siguen el sistema causal del Derecho Penal. Concluyen que la manifestación de la voluntad abarca tan sólo al querer y que éste está dirigido nada más al movimiento corporal.

Dicen que cuando la voluntad se avoca al resultado dañoso, ya no forma parte del primer elemento del delito -la conducta- sino del cuarto, esto es, a la culpabilidad. Así, se pretendo que la conducta quede alejada de cualquier matiz subjetivo, presentándola con un vestido acromático.

También están por la idea de considerar que la conducta no es objeto de valoración separada o independiente, sino que se la calificará como típica, antijurídica y culpable hasta un momento posterior, cuando verdaderamente es iniciada la valoración jurídica, porque antes no se la debe valorar.

JIMENEZ DE ASUA (partidario de la conducta acromática) dijo: "A nuestro juicio, de acuerdo con Von Liszt, se debe dar a la acción personalidad propia. Es lo natural, que no debe tenerse previamente de valor jurídico. Ciertamente es susceptible de soportar valoraciones, y por ello se insertará en ella los atributos jurídicos de antijuridicidad y culpabilidad". (406)

Quiénes apoyan la conducta cromática han manifestado que la acción u omisión se colorean y complementan con la culpabilidad (dolo, culpa o preterintencionalidad. Quieren decir que el acto de volición deberá abarcar tanto a la conducta como al resultado: Para el comportamiento, la voluntad y para el resultado, la intención.

No pueden comprender y aceptar el pensamiento que considera que la conducta está alejada de la intención (culpabilidad) o la intensidad de ese querer (intención, para mí). Añaden que la conducta es un concepto susceptible de soportar valoraciones normativas y no puramente causales.

FORTE PETIT pugna por una conducta cromática y expone: "En efecto (sin hacer referencia por hoy a la conducta culposa), la conducta, en Derecho Penal, no puede entenderse sino como una conducta culpable". (407)

Concluye diciendo que la conducta completa abarca: "Querer la conducta y el resultado, de no ser así, estaríamos aceptando un concepto de conducta limitado únicamente a querer el comportamiento corporal. Por todo esto, llegamos a la conclusión de que la conducta es cromática, contrariamente a lo asentado por Belling, de que el contenido de la acción es incoloro". (408)

El pensamiento solamente concibe que la conducta pueda ser cromática. Abarco en el concepto de la conducta o elemento subjetivo-material: a) Las formas de manifestación. b) La voluntad simple o consciente. c) La intención. d) El resultado. e) La relación entre la conducta y el resultado.

A la conducta solamente se la puede considerar como el movimiento o la abstención, que es el producto de una voluntad simple o consciente (incapaces y capaces) y que además, está matizada con cierta intención: Directa, indirecta o mixta (dolo, culpa y preterintencionalidad), aunada a los restantes elementos.

La voluntad simple o consciente está matizada con la intención (intensidad o querer de la voluntad), que hace referencia precisamente a la determinación de la voluntad en orden a un fin, con el cual el sujeto despliega su conducta. Ya provoca risa un comportamiento considerado tan sólo desde el punto de vista causal.

(406) JIMENEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*. pp 213/4. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(407) FORTE PETIT. *Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal*. p. 10. Gráfica Panamericana, S. de R. L. México, 1954.

(408) IDEM.

Puede observarse que una conducta completa no puede llegar a integrarse ni adquirir relevancia en el ámbito de la normatividad jurídico-penal, si al momento de hablar de las formas de manifestación de la voluntad se prescinde del querer, del entender y de la intención. Caso distinto es el de las personas inimputables.

Como estimaban los partidarios de la conducta cronámica, de corte tradicionalista y algunos de ellos causalistas, la manifestación de la voluntad debe quedar matizada con los grados de intención (intención o culpabilidad, para ellos), que son: Directa, indirecta o mixta (dolo, culpa o preterintención).

Son dos las direcciones que puede adquirir la intención: a) Hacia la realización de la conducta. b. Hacia la producción del resultado. Ambas se combinan en la intención mixta o preterintencionalidad. En el dolo estas dos direcciones se presentan en conjunto y en la culpa, solamente existe la primera, enfocada a la conducta lícita o ilícita no penal.

Asimismo, la voluntad simple o consciente adquiere tres matices de intención: Dolo, culpa y preterintención. Sea que la voluntad esté solamente dirigida a la realización de a conducta y a la producción de los resultados, siempre debe quedar coloreada con cierta intención, para que le interese al área de lo punitivo.

No puede comprenderse en las tendencias penales de actualidad, a una conducta que no lleve en sí misma cierta finalidad, a un comportamiento incoloro o acronámico. Así se acaba con aquella acción causal natural o social, para hablar de una conducta finalística. El causalismo ya salió de la moda penal.

Además de que la conducta esté matizada con la intención, la reconozco como un ente capaz de soportar todo tipo de valoraciones, la más importante es la jurídica. Ya después, en el proceso de la valoración completa, habrá de agregársele tres calificativos más: Típica, antijurídica y culpable.

Desde el momento en que los catálogos de normatividad jurídico-penal y procesal-penal se interesan por una conducta, ya están dándole una coloración jurídica y es porque con ella se controvierte, se lesiona, se pone en peligro o se destruye un valor que se encuentra jurídico-penalmente tutelado.

Puede observarse que no llegaremos a la integración de una conducta que tenga relieve penal, si en el momento de hablar de la manifestación de la voluntad, prescindimos de los aspectos subjetivos, que son el querer y la intención (para los incapaces) y el querer, la intención y la consciencia (para los capaces).

Como estimaban los primeros finalistas: Ahora las conductas puramente causales, ya no tienen relevancia para la normatividad jurídico-penal, a menos que se las pueda ligar a un comportamiento humano finalista. Aceptamos a la causalidad, si se une a la finalidad; sola, para nada nos interesa.

En síntesis, las cualidades de las conductas pueden ser de dos clases: Subjetivas y objetivas. Por ello, la llamo "elemento subjetivo-material". En las primeras se hace referencia a la voluntad simple o consciente y a la finalidad, en las segundas a las valoraciones jurídicas que certifican que han quedado integrada, que es típica, antijurídica y culpable.

Así, concluyo que la conducta que a la ciencia jurídico-penal y a su normatividad les interesa para analizarla, a fin de que se pruebe y se compruebe que tienen relevancia en el ámbito punitivo, siempre será cronámica y que es más correcto llamarla elemento subjetivo-material.

(b) LA CONDUCTA SINTOMÁTICA.

En la Escuela Positiva Italiana del Derecho Penal se niega que la conducta tenga un valor puramente objetivo, al decir que el delito, a más de ser un ente jurídico-penal (como habían estimado los clásicos), es un fenómeno natural y social, en forma preponderante (si no es que única).

Para los positivistas y los criminólogos, la conducta relevante en el ámbito de la normatividad jurídico-penal tiene una cualidad más: La de ser sintomática, porque revela el índice de peligrosidad del sujeto que la ha desplegado, es decir, que nos muestra parte de su personalidad oculta.

JIMENEZ HUERTIA precisa: "La conducta tiene, además de un valor realista que como elemento del delito le corresponde, un valor sintagmático, puesto que implica la manifestación del carácter del sujeto, esto es, una expresión del cuadro moral de la persona, útil para conocer su disposición o capacidad criminógena". (409)

No es de dudarse que la realización del comportamiento delictuoso podría ser un reflejo de la personalidad del autor. La manifestación de la voluntad nos revela las características biopsicosociales del sujeto que la despliega, que deben ser tomadas en consideración por la autoridad judicial, en el momento de individualizar las sanciones.

El mismo JIMENEZ HUERTIA expone: "La importancia (efecto) de esta personalidad dejada en la conducta criminosa marca con huella indeleble la personalidad permanente o transitoria del agente". (410) Es decir que, atendiendo a todas las circunstancias del momento delictuoso, podemos establecer el índice de peligrosidad del autor.

Creo que el síntoma de peligrosidad que nos deja la conducta no siempre da lugar a un juicio cierto de ella, habida cuenta de que hay personas que solamente ante ciertas circunstancias delinquen y no por eso puede afirmarse que siempre lo harán. Más bien da lugar a un temor social, a lo que el médico cree que puede suceder.

Tal vez, tal aún así, ¿quién hay que pueda afirmar con certeza, que no deje lugar a dudas, que el sujeto que cometi6 un delito volverá a delinquir, que por ello sea peligroso o temible? Tal vez el peligro inminente pueda determinarse pero, a futuro, ¿ni que fuéramos zahoríes? Nadie tiene la "bolita de cristal" que le permita verlo.

Para que la conducta delictuosa realizada nos proporcione aproximadamente el grado de peligrosidad o temibilidad social, se hace necesario que sea valorada en toda su extensión; asimismo, tendrá que considerarse las características biopsicosociales del sujeto y nada más para prever lo que podría pasar y para prevenir, no más.

(c) LA CONDUCTA DELICTUOSA.

Se ha considerado -con mucho acierto, pienso- que la conducta delictuosa siempre dependerá de la reunión de los restantes elementos del delito. Han hablado de que la conducta no es autónoma de la imputabilidad HEGEL, SPIRITO, BINDING y MAGGIORE, de la antijuridicidad GRAF YU DOINA, del injusto SALIER y del tipo legal MAX E. MAYER y GONZALEZ LOPEZ. (411)

JIMENEZ DE ASUA opina así: "Siguiendo los criterios de Binding, rechaza también Dohna el concepto de la acción natural. Para este tratadista lo que es de esencia de la acción es la característica de la antijuridicidad. Por su parte Sauer considera que lo primario es lo injusto, y después, la acción. Lo que se trata es de determinar los objetos relevantes para el Derecho. Se sirve, al exponerlo, de los problemas de construcción y reconstrucción". (412)

Hay que repetir que la conducta (elemento subjetivo-material) carece de importancia para ser punida, en tanto no se vislumbre en ella la posibilidad de constituir un delito. Note que lo primero que interesa es, prácticamente, el resultado, entendido como el ataque al valor jurídicamente tutelado.

Al exponer esto, veo que mi pensamiento encuentra semejanza con los de DOINA, SALIER, MAYER y GONZALEZ LOPEZ, porque el resultado, a más de ser elemento de la conducta está relacionado con la antijuridicidad o el injusto descrito en un tipo legal. Previamente se le da la característica de ser formalmente antijurídico.

(409) JIMENEZ HUERTIA. Panorama del Delito. p. 131. Imprenta Universitaria. México, 1950.

(410) Idem.

(411) Cfr. JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 213. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(412) Idem.

Una conducta solamente es completa, cuando integramos a ella los resultados que han sido producidos. Todo esto me llevó al límite de hablar de un comportamiento finalista, en el cual se comprende a la manifestación de la voluntad, a los propósitos o finalidad, a los medios y a los resultados propuestos por la voluntad de concreción.

En mi nuevo sistema jurídico-penal (sincretismo), sincretizar significa, precisamente, conciliar todas las posturas, uniéndolas en una sola. Quedamos en que la conducta sincrética abarca al cronatismo, al sintonatismo y a la dependencia.

Es perfectamente claro que la conducta depende de los restantes elementos del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) para que, precisamente se la califique como delito y pueda hacerse acreedora de las consecuencias (sanciones penales) que el código penal prevé para que les sean individualizadas e impuestas a las personas que osen transgredir sus postulados.

Más bien, cada uno de los elementos del delito: El subjetivo-material o conducta, el regulador o tipicidad, el valorativo o antijuridicidad y el normativo o culpabilidad, dependen de los restantes, en el orden lógico jurídico preestablecido, para la valoración, para llegar a integrar un delito, entendido como la conducta que verdaderamente adquiere relieve penal, porque puede ser punida.

(99) LOS COMPLEMENTOS PARA LA REALIZACION DE LA CONDUCTA.

El comportamiento activo u omisivo que constituye una conducta que, probablemente sea productora de un delito, puede ser realizado por el sujeto activo en forma total. En hipótesis diversa, para completar su realización, el delincuente se auxilia del propio ofendido, de un tercero inocente instigado o determinado o bien, de un tercero responsable que actúa junto con él, de la naturaleza o de los animales.

JIMENEZ DE ASUA estimó: "Los complementos de la acción pueden ser de tres clases: a). La acción es completada por la sola fuerza natural, b). La acción es completada por la conducta de un tercero inocente que ignora el carácter delictuoso de lo que hace, y c). La acción recibe el complemento del propio autor de la conducta o de un tercero culpable". (413)

En fin, JIMENEZ HUERTIA aclara: "Los movimientos omisivos de la conducta no se plasman sólo en movimientos corporales del agente; pueden también consistir en una actividad corporal de otra persona —inclusive de la propia víctima—, que actúa como instrumento al servicio de aquél". (414)

Las hipótesis de los complementos para la realización de las conductas pertenecen a un tema que adquiere notable importancia, por ello, vamos a proceder a estudiarlas en incisos separados.

(a) LAS CLASES DE COMPLEMENTOS.

En concreto, los supuestos con los que puede ser complementada la realización de la conducta delictuosa, son los siguientes:

1. Totalmente por el sujeto activo.
2. Parcialmente por el sujeto activo.
3. Totalmente por un tercero.
4. Totalmente por dos o más sujetos activos.

(b) TOTALMENTE POR UN SUJETO ACTIVO.

Esta hipótesis sucede cuando el delincuente se vale de su fuerza física, de su habilidad, de sus aptitudes o destreza, de algún órgano adecuado de su cuerpo o bien, de cualquier instrumento para realizar la conducta delictuosa, con lo cual también consume el resultado (con la consabida ayuda de la causalidad).

(413) JIMENEZ DE ASUA: *La Ley y el Delito*. p. 213. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(414) JIMENEZ HUERTIA: *Panorama del Delito*. pp. 32 y ss. Imprenta Universitaria. México, 1950.

Los ejemplos los tenemos en la persona que impone la cópula a otra con su fuerza física, quien lesiona utilizando un puñal, quien priva de la vida con un golpe de karate, quien abre una caja fuerte en dos minutos para robar, quien mequina un fraude, etc. La responsabilidad es a título de autoría material.

(c) PARCIALMENTE POR EL SUJETO ACTIVO.

Este supuesto resulta cuando el agente desencadena las fuerzas naturales o animales o bien, humanas ajenas a él mismo. La conducta se lleva a cabo en forma parcial por el delincuente, la otra parte es debida a la acción de los animales, de la naturaleza o del propio ofendido o bien, de un tercero que interviene después del delito o ayuda al autor para delinquir.

El ejemplo es de quien entrara a un perro para robar, del que lo aruza, para que lesione a otro. El autor primario responde a título de autor-ventor material o inmediata; los terceros (a excepción del perro, obviamente) serán cómplices o encubridores. Otro ejemplo, consiste en poner veneno en un vaso y que la víctima lo ingiera.

(d) TOTALMENTE POR UN TERCERO.

El tercero se convierte en un instrumento al servicio del autor. Este tercero no es responsable, ya que está beneficiado por alguna de las hipótesis del aspecto negativo del delito o queda fuera del área penal. El delincuente se vale de la coacción, de su fuerza física, de la orden, del mandato, del consejo, de la asociación delictuosa, de un incapaz, de un menor de edad penal, etc.

El tercero no es responsable, puesto que le ampara un aspecto negativo del delito, según el caso. El instigador o quien determina, es autor intelectual o inmediato.

(c) TOTALMENTE POR DOS O MAS SUJETOS ACTIVOS.

Cuando un autor, en concierto con otro autor, realiza la conducta delictuosa, se presenta esta situación. Esto quedará mejor comprendido en la teoría de la responsabilidad. (415) Estudiamos ante un caso concreto de coautoría o complicidad correlativa, según el caso.

(100) EL LUGAR Y EL TIEMPO DE LA REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA.

Para saber en qué lugar y en qué tiempo fue realizada la conducta que está en posibilidad de constituir un delito, es necesario atender al momento en que ella se integró en la realidad fáctica. La que motiva el interés penal deja sentir su influencia en el mundo de los hechos, que se relaciona con la normatividad si ataca a un valor que está bajo la tutela punitiva.

Se hace necesario que aclare que una cosa es la consumación de la conducta que puede ser delictiva y otra la del delito. Aunque ambas ocurren en el mundo exterior, resulta que pueden o no relacionarse con lo jurídico, en tanto que la consumación del delito siempre está vinculada a la normatividad.

Una conducta que está en probabilidad de ser delito se consuma al momento mismo en que hace acto de presencia el resultado típico. En cambio, el delito no se consuma sino hasta el instante en que han quedado integrados todos sus elementos en la valoración jurídica: la conducta, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.

Para hacer más clara la idea voy a ejemplificar cada una de estas situaciones: la conducta típica del homicidio se consuma en el momento en que se priva de la vida a una persona, en el instante en que el verbo regulador descrito en el delito-tipo está cumplido aquí ya nos está permitido hacer una presunción *iuris tantum* (salvo prueba en contrario) de que esa conducta constituye un delito.

Empero, el delito de homicidio no se habrá consumado sino hasta que la autoridad judicial verifique que esta conducta, además de estar descrita en un delito-tipo llena todos sus requisitos, es anti-jurídica y además es culpable, procediendo a comprobar la responsabilidad y a establecer la punición.

Si en esta valoración jurídica que es hecha por el juez resultare que se presenta alguna de las causas que dan lugar a una hipótesis del aspecto negativo que anula uno de sus elementos, ya no podrá decirse que el delito se ha consumado y debe ser declarada su inexistencia en el mundo jurídico-penal.

CARRARA afirmó que existe la consumación, cuando ha sido alcanzada la objetividad jurídica que constituye el título especial del ilícito penal dado. En los códigos penales generalmente no es definido el delito consumado, mas debe entenderse que éste existe cuando se reúnen todos sus elementos generales y especiales.

El delito está consumado o adquiere su perfección cuando se prueba y se comprueba que existen los siguientes elementos: El Subjetivo-Material (o conducta), el Regulador (o tipicidad), el Valorativo (o anti-juridicidad) y el Normativo (o culpabilidad) y los especiales que son propios de cada figura delictiva y le imprimen un sello particular.

Los tratadistas penales de la teoría tradicional, al hablar de la consumación del delito resulta que hacen alusión al momento en que es consumada la conducta y caen en el absurdo de considerar que el ente jurídico se perfecciona con la sola aparición del primero de sus elementos y los demás ¿qué?

La verdad es de que este pensamiento lo considero incorrecto, por eso es que estudiaré las consumaciones de la conducta y del delito en incisos separados porque, más bien, este último es un problema que debe ser ubicado en la teoría general de la ciencia jurídica procesal-penal.

(a) LA IMPORTANCIA DE DETERMINAR EL LUGAR Y EL TIEMPO DE LA REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA.

Determinar en qué lugar y en qué tiempo ha quedado integrada o fue consumada la conducta delictuosa en el mundo de la realidad fáctica, nos resuelve interesantes cuestiones, baste citar que nos indica cuál es el tribunal competente para conocer de la causa y la ley que le es aplicable al caso concreto.

Por cuanto hace al lugar en que fue realizada la conducta que está en posibilidades de llegar a constituir un delito, es muy necesario que se precise, a fin de que podamos establecer con seguridad la competencia del juzgado penal al cual ha de serle consignada la causa, bien sea del fuero común o federal.

Lo mismo nos servirá para saber qué ley penal es la que debe aplicarse de las treinta y dos que existen en la República Mexicana, en razón del territorio. Para soslayar este problema se ha estado la idea de elaborar un código único, que sirva de tipo para todos los Estados.

En lo tocante al tiempo en que fue realizada la conducta presumiblemente delictiva, noto que adquiere primordial importancia por el problema relativo a la sucesión de leyes penales, que en nuestro país ocurre regularmente cada seis años, al ser aprobadas "nuevas reformas" al catálogo vigente.

Para resolver los intrincados problemas que pudieran presentarse en el momento en que sea necesario determinar el lugar y el tiempo de la realización de la conducta, debemos valernos de los principios que nos son indicados en el estudio de la teoría general de la ley penal.

Regulamente, el código contiene dentro de su articulado los principios rectores que han de servirnos para determinar la validez temporal y espacial de la legislación. En el caso de que no los contuviere, deberá atenderse a los postulados doctrinales que nos hablan de este tenor.

En cuanto al lugar, nada más se hará referencia al espacio federal o común, puesto que siendo del fuero común, podría conocer cualquier tribunal de ese ámbito, aun en cuanto a la averiguación previa, que puede ser iniciada en cualesquiera de las cuarenta y cinco agencias del Ministerio Público existentes.

(b) LA CONSUMACION DE LA CONDUCTA.

Ya dije que los autores penalistas de tradición se han confundido en lo que respecta al lugar y al tiempo de la consumación de la conducta y llegan a identificarlos con los de la realización del delito. Así, cuando hablan de este tema no hacen sino referirse a la espacialidad o a la temporalidad en que es efectuado el comportamiento.

Esta terrible confusión les ha llevado a decir que el estudio de estos dos momentos debe ser hecho en la validez temporal y espacial de la legislación, según corresponda, es decir, que estiman que el momento en que es consumada la actuación del sujeto debe ser ubicado en la teoría general de la ley penal.

Otros tratadistas (aún de la misma corriente), en cambio, lo incluyen dentro del análisis de la acción u omisión, en lo que yo denominé "los temas auxiliares". Consideran que la consumación del delito se da en el momento en que el sujeto ha llevado a cabo su comportamiento y que hasta ese instante, puede ser tenido como presumiblemente delictuoso.

En mi opinión, el lugar exacto para hacer el estudio de esta situación problemática debe serlo en el primer de los elementos del delito: El subjetivo-material o conducta. La consumación del ilícito penal es un problema que pertenece a la ciencia jurídico-procesal penal y se da cuando la autoridad judicial lo declara como existente.

Para referirme a la espacialidad y temporalidad consumativa del delito la misma doctrina tradicionalista se bifurca. Por una parte tenemos el criterio unitario, que propugna estudiar a la vez el lugar y el tiempo de cometido el delito; como ejemplo tenemos al pensamiento de JIMÉNEZ DE ASIA. (416)

Por el otro lado, existe la posición de los doctrinarios que pugnan por una tesis dualista, que separa el lugar y el tiempo en que fue efectuado el ente jurídico-penal. Voy a decir que los dos momentos consumativos, si bien es cierto que representan un problema diverso, también lo es que debe estudiárselos en un mismo apartado y usando serenos postulados.

BENTHOL nos dice: "Las cuestiones, sin embargo, son diferentes porque la una concierne a la sucesión de leyes penales en el ámbito del Estado, y la otra por el contrario, a la aplicación de las leyes penales cuando un hecho ha sido perpetrado en parte también en el extranjero". (417)

ROGEE PETIT estima: "Nosotros somos del parecer que deben estudiarse conjuntamente los problemas de tiempo y lugar de cometido el delito bajo los mismos criterios". (418) Este es el pensamiento que me resulta más atrahido y el que habré de considerar, ubicando en el sitio adecuado el problema: En el elemento subjetivo-material, dentro de "los temas auxiliares de la conducta".

Las teorías para determinar el lugar y el tiempo del proceso de la consumación de la conducta (del delito, dicen los tradicionalistas), son las siguientes:

a) **TEORÍA DE LA ACTIVIDAD O RESERVENIA.** Al comportamiento delictuoso se lo tiene por consumado en el momento en que se han reunido todos los requisitos del elemento subjetivo-material (conducta) del delito.

b) **TEORÍA DEL RESULTADO.** La conducta es consumada en el momento en que aparecen sus resultados, independientemente de que la manifestación del delito haya sido cometida en lugar y en tiempo diferentes.

(416) JIMÉNEZ DE ASIA. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. p. 479. Editorial Losada, S. A. Buenos Aires, 1957. "Al avanzar el estudio de las cuestiones atinentes al lugar, ratificaremos nuestro parecer proclamando como decisiva la manifestación de voluntad no sólo en cuanto al espacio en que ha de estimarse como ejecutado el acto, sino también por lo que respecta al tiempo. En efecto, no debemos acoger una tesis para el lugar y otra para el tiempo, sino establecer un criterio uniforme".

(417) BENTHOL. *Diritto Penale*. pp. 119/20. Palermo, 1955.

(418) ROGEE PETIT. Apuntes de la Parte General del Derecho Penal. p. 339. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

c) **TEORIA UNITARIA, MIXTA, COMBINADA, DEL CONJUNTO O DE LA UBICIDAD.** El instante y el lugar en que son realizados de la manifestación de la voluntad y el resultado, indican la consumación del delito.

d) **TEORIA DEL RESULTADO INTERMEDIO O DEL RESULTADO INTERMEDIO MAS PROXIMO.** Consideran al resultado intermedio más próximo a la voluntad de concreción.

e) **TEORIA DEL TRAYECTO TOTAL DEL HECHO.** Habla del lugar y del tiempo del resultado y de todos los que estén en el intermedio.

f) **TEORIA DE LA AMPLIADA ACTIVIDAD.** Estiman la parte esencial de la actividad o inactividad criminosa.

g) **TEORIA DE LA VALORACION JURIDICA.** Según ANTON ONECA: "El Derecho podría adaptar el principio de la manifestación de la voluntad y el resultado, de acuerdo con los fines perseguidos en cada una de las materias en donde el problema se presenta". (419)

Estas teorías funcionan por cuanto hace a la conducta activa. Para resolver el problema de la inactividad hay dos corrientes:

1. **LA INACTIVIDAD PROPIA Y LA IMPROPIA.** Ambas deben regularse por el mismo criterio, siendo aplicables las teorías que han sido expuestas para la acción.

2. **LA TEORIA DE LA DIFERENCIACION.** La inactividad propia tiene una regulación diversa a la del delito de comisión por omisión (omisión con resultado material). Se dice que para la primera debe atenderse al lugar y al tiempo en que fue omitida la acción exigida y esperada por la ley penal. En la segunda, en cambio, se dice que el lugar y el tiempo de cometida la conducta son aquellos en los que se produce el resultado como consecuencia de la omisión.

En mi concepto, la teoría que resulta ser la más acertada para resolver la espacialidad y la temporalidad consumativas, es la de la residencia, que nos dice que al primer elemento del delito se lo tiene por consumado, tan pronto y como se integran sus propios requisitos constitutivos, que son: La voluntad, la intención y los resultados.

(c) LA CONSUMACION DEL DELITO.

Estimo que va a tenerse por consumado el delito en el lugar y en el tiempo en que la autoridad judicial haya comprobado la integración de todos sus elementos y proceda a declarar su existencia, verificando que se dé la responsabilidad, individualizando e imponiendo las sanciones penales.

A esta teoría podríamos llamarla de la VALORACION JURIDICA, dado que, una vez que la valoración del delito haya sido culminada por el juzgador, se entiende que el mismo está consumado e integrado en el mundo jurídico-penal.

(D) EL ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL.

Hasta este momento, me he ocupado de hablar de los requisitos que componen al elemento subjetivo-material o conducta en su aspecto positivo; llega la hora de hacer el análisis de las hipótesis que dan lugar a la ausencia de conducta y que traen como consecuencia, la negación del delito en el ámbito jurídico-penal.

En el proceso de la valoración de la conducta se corrobora que aparezcan uno a uno, los componentes sine qua non del elemento subjetivo-material; llegado el momento de que no se pueda probar o comprobar la existencia de uno solo de ellos porque aparece su aspecto negativo, existe una ausencia de conducta.

Si esto acontece, la valoración jurídica habrá terminado, declarando como inexistente al delito y resultará ocioso entrar al análisis de la responsabilidad. La pretensión punitiva debe cesar en todos sus efectos; si es en la averiguación previa, debe ser propuesto el no ejercicio de la acción procesal-penal o archivo; si sucede en el juicio, se absolverá al sujeto.

La conducta del hombre dejará de motivar el interés penal, en el preciso instante en que aparezca alguna de las causas que dan lugar a una de las hipótesis de la ausencia del elemento subjetivo-material (conducta) y que anulan al delito en el ámbito jurídico, entonces ya no será necesario mirar si pueden o no aparecer los restantes elementos.

De acuerdo con el orden lógico que prevalece entre los elementos del delito y en las hipótesis de su aspecto negativo, si no pudo verificarse la existencia del subjetivo-material o conducta, tenemos que considerar innecesario valorar la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad (elementos regulador, valorativo y normativo).

La concepción dogmática del aspecto negativo del elemento subjetivo-material o conducta, puede observarse al hacer la interpretación a contrario sensu, del artículo 7º del CPP y sus correlativos en las legislaciones estatales y del verbo rector del delito-tipo de la figura de que se trate.

Así, notamos que si el mencionado precepto nos dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales" (conducta), en ausencia de ésta (acción u omisión) es imposible decir que nuestro ente jurídico tenga positiva existencia en el mundo de la normatividad jurídico-penal.

En el aspecto negativo del elemento subjetivo-material o conducta se reafirma el principio rector general del derecho o máxima jurídica: **NULLUM CRIMEN SINE CONDUCTA** o, como dirían los italianos: **NESSUN REATO SENZA CONDOTTA UMANA**, que en nuestra lengua podríamos traducir así: **"NO HAY DELITO SIN CONDUCTA"**.

Superado ya casi en forma total el principio absurdo de la "responsabilidad por el resultado", hemos de concluir que la presencia del comportamiento humano voluntario e intencional, es por demás relevante en el aspecto valorativo del delito y en ausencia de la conducta, no podemos llegar a integrarlo.

Si el proceso de la valoración jurídica de nuestro ente penal gira en torno a la conducta o elemento subjetivo-material y a ella se añaden la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, en su ausencia notamos que ya no será preciso que analicemos si los restantes elementos del delito pueden o no aparecer.

El momento subjetivo-material del delito es el vértice de toda la construcción del ente jurídico-penal y en su ausencia, ¿qué podríamos hacer, que no nos resultara irrelevante? Sin conducta, nada hay y la pretensión punitiva estatal debe cesar en todos sus efectos, alejando al sujeto de la relación procesal penal.

En el marco teórico de las hipótesis del aspecto negativo del elemento subjetivo-material o conducta, he querido comprender a los siguientes temas, que están sistémicamente ordenados:

1. Una excepción, que está constituida por el estudio de la conducta libre en su causa (o acto liberato in causa, como la llaman algunos de los tratadistas tradicionales).
2. Los supuestos que anulan a la voluntad, que son: a) Involuntariedad. b) Inconsciencia.
3. La falta de intención.
4. La imposibilidad de relacionar la conducta y el resultado.

La involuntariedad y la inconsciencia comprenden en su estudio a todos aquellos casos en que no se vea involucrado el proceso emocional (volitivo) o el intelectual (cognoscitivo), que corresponden a algunos de los supuestos que los tradicionalistas incluyen en la ausencia de conducta, en la inmutabilidad, en la inculpabilidad o en la atipicidad.

La falta de intención va a servirnos para hacer el análisis del tan controvertido fenómeno del "caso fortuito" o *casus*, en donde no interviene la intención del agente, sino las leyes de la naturaleza, con factores de imprevisibilidad o inevitabilidad, cuando un sujeto no puede proveer.

En la imposibilidad de relacionar a la conducta con el resultado, veré todas aquellas situaciones en las cuales no nos es posible llegar a establecer un nexo natural entre la conducta desplegada y los resultados que han aparecido en el mundo exterior, sin lo cual no puede haber atribuibilidad.

(101) LA CONDUCTA LIBRE EN SU CAUSA.

Esta es la única excepción con la cual habremos de encontrarnos cuando analicemos las hipótesis de ausencia del elemento subjetivo-material; puesto que, la conducta libre en su causa, aun cuando es desplegada en un momento en que se está incapacitado para entender, no posee la fuerza suficiente para anularlo.

Esto se debe a que el acto inicial en el cual toma su origen la excepción de la que estoy hablando, tiene todas las características necesarias para ser configurado como delictuoso, en el entendido de que el sujeto que pretende amparar en este supuesto, actúa con plena capacidad de querer y entender.

La doctrina tradicional ha denominado a este instituto penal como: *Actio liberae in causa*, lo cual no resulta ser muy certero. Ya hemos visto que la conducta puede manifestarse en acción o en omisión y sobre estas consideraciones, el término empleado no basta para comprender a la actividad y a la inactividad: por eso, debe llamarse **CONDUCTA LIBRE EN SU CAUSA**.

También consideraron los tradicionalistas que la conducta libre en su causa era una de las excepciones dentro de la imputabilidad (en el psicologismo) o de la culpabilidad (en el finalismo). Si es un comportamiento voluntario, considero que es mejor incluirlo como una excepción de la ausencia de conducta.

En el psicologismo se dijo que no podía anular a la imputabilidad (capacidad de querer y entender), puesto que la acción inicial era debida al dolo o a la culpa. El normativismo causalista no la incluyó dentro de sus excluyentes de culpabilidad (considerada la imputabilidad como presupuesto de este elemento), por las mismas razones: Una conducta libre en su causa es voluntaria e intencional y por ende, es reprochable.

El normativismo finalista, o simplemente finalismo, que creyó que la culpabilidad tenía entre sus componentes a la imputabilidad, estimó que la conducta libre en su causa era reprochable y no eximia de culpabilidad.

Hay una conducta libre en su causa cuando: La incapacidad en la cual el agente quiere amparar su conducta, la provoca él mismo en forma voluntaria e intencional. Es decir, que el sujeto se coloca en ese estado para cometer el delito que, tal vez en otras condiciones, no se atrevería a realizar.

La conducta libre en su causa tiene dos polos, a saber: A) Por un lado tenemos a la acción o a la omisión primaria. B) Por el otro, está la actividad o la inactividad secundaria. Cada una de estas condiciones aisladamente no podrían integrar al delito; al considerar la suma de ambas, es que este se da.

La acción u omisión iniciales por sí mismas no son delictivas, dado que no es una infracción penal emborracharse, por ejemplo; aunque, al unirse con la conducta secundaria, que se dedica a realizar el verbo típico, sí que está en posibilidades de constituir un delito, salvo que el sujeto demuestre que no se colocó en ese estado voluntaria e intencionalmente.

La conducta libre en su causa no tiene la fuerza suficiente para anular al elemento subjetivo-material; empero, al momento de la valoración jurídica, debe demostrarse que los demás elementos del delito existan con todos sus requisitos, para que el ente jurídico tenga positiva existencia en el mundo de la juridicidad.

Cuando aparece la conducta libre en su causa, el elemento subjetivo-material del delito podrá ser integrado y recibirá el tratamiento de la infracción que prevé el delito-tipo de que se trata en el caso concreto, si es que pueden llegar a probarse y a comprobarse los demás elementos constitutivos.

La conducta libre en su causa le será imputada a título de dolo o de culpa (intención directa e indirecta) al agente, según la intensidad con la cual haya matizado la voluntad de ejecutar la conducta primaria, que lo coloca en un estado de incapacidad de querer o entender.

CAVALLO manifiesta: "Según nosotros la teoría de las acciones libres en causa tiene su fundamento en la consideración de que la ejecución de la acción comienza en el momento en que el agente se coloca en estado de incapacidad de querer y entender, con el fin de cometer el delito o de procurarse una excusa y por tanto, anteriormente al nacimiento de tal incapacidad, en que después ejecuta el delito". (420)

La SCJN asentó: "El caso que prevé la fracción II del artículo 11 del Código Penal aplicable, requiere que la inconsciencia de los actos del agente, en el momento de la infracción, se origine con la ingestión accidental e involuntaria de sustancias tóxicas, embragantes o enervantes, y no opera la excluyente, si la intoxicación alcohólica en que se encontraba el reo al ocurrir los hechos, se la provocó voluntariamente". (421)

En otra ejecutoria se dijo: "Si el reo configuró con su conducta una acción «libre en causa», ello de manera alguna lo releva de su culpabilidad, ya que realizó aquellas omisiones con las que establece la causa decisiva en un momento que le es imputable". (422)

(a) LA CONDUCTA LIBRE EN SU CAUSA CON INTENCIÓN DIRECTA.

Podríamos hablar de una conducta libre en su causa con intención directa (dolosa), cuando el agente se coloca o hace colocar en un estado de involuntariedad o inconsciencia con el propósito de cometer la conducta delictuosa, o bien se aprovecha de esa situación para procurarse una excusa.

La conducta inicial o primaria puede ser con dolo directo o eventual (intención directa de primero y segundo grados), a virtud de que el individuo puede querer colocarse en ese estado para cometer el delito o desear el estado y aceptar el resultado delictuoso, en caso de que se produzca.

El tratamiento que recibe esta conducta deberá ser el del delito cometido con intención directa (dolo); ya que, tanto el comportamiento primario como el secundario, fueron matizados con el dolo.

(b) LA CONDUCTA LIBRE EN SU CAUSA CON INTENCIÓN INDIRECTA.

Decimos que estemos en presencia de una conducta libre en su causa con intención indirecta (culposa), cuando el sujeto voluntariamente se coloca en un estado de involuntariedad o de inconsciencia sin el propósito de cometer la conducta delictuosa; aspero, esta se produce en el momento en que viola un deber general de cuidado.

Recibe el mismo tratamiento que una conducta culposa, habida cuenta de que el resultado delictuoso fue producto de su actuar negligente o imprudente, al violar un deber general de cuidado que personalmente le incumbía, debido a las circunstancias concomitantes a los hechos.

(102) LA FALTA DE MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD.

Así como dije que el presupuesto del elemento subjetivo-material o conducta lo es la presencia de una de las formas de manifestación de la voluntad, debo añadir que en ausencia de él, no es posible que pueda llegar a integrarse una conducta delictuosa.

La falta del presupuesto se origina en el momento en que se ha comprobado que la conducta asumida no tiene relevancia para el área penal; es decir, que constituye un indiferente jurídico. O bien, que el sujeto no llevó al exterior su pensamiento; o sea, no exteriorizó su voluntad en acto alguno.

Si esto llegare a ocurrir, ya no sería necesario mirar si concurren la voluntad, la intención, el resultado y la relación entre la conducta y el resultado, hecho meras, los restantes elementos que integran al delito ni la responsabilidad.

(420) CAVALLO. Derecho Penal de la Culpa. Imprudentia.

(421) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo XCIV. p. 1160.

(422) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo CXV. p. 857.

Aun cuando se produzca un resultado de relevancia para el área jurídico-penal, si a este no puede llegar a ligárselo a una conducta humana voluntaria, no podremos hablar del delito; habida cuenta de que, no es de nuestro interés un resultado que no sea producto de una intervención de la voluntad humana.

Esta situación nos permite afinar las siguientes máximas penales: *Cogitationis Poenam nemo patitur* (las ideas o el pensamiento no delinquen), *nullum crimen sine conducta* (no hay delito sin conducta) y la prohibición de analogía o mayoría de razón para integrar los delitos.

No es ocioso hacer el recordatorio de que sin una acción u omisión, en las cuales quede externada la voluntad humana, no hay delito, porque en las agencias del Ministerio Público se dedican a iniciar averiguaciones previas "a pedido" y no en todas las ocasiones es esto lo que procede.

La reserva y el archivo están llenos de expedientes inútiles y eso no es lo peor que pudiera pasar, hay casos en que es evidente que la conducta asumida no está en posibilidades de integrar un delito y sin embargo, la causa ha sido consignada y la persona está detenida.

Hay que recordar que con la libertad del individuo no se juega y si estamos ante un caso evidente de una conducta que constituye un indiferente jurídico-penal, debemos abstenernos de iniciar la indagatoria, porque el Ministerio Público está para investigar delitos y no casos en los que evidentemente no los haya.

(103) LA INVOLUNTARIEDAD.

Una conducta penalísticamente relevante no puede llegar a integrarse, si falta en ella la voluntad. En ausencia del elemento emocional o volitivo de la conducta, no le queda a la autoridad ministerial o judicial sino negar la existencia del elemento subjetivo-material, sin que sea necesario atender a sus demás componentes.

En este supuesto quedan incluidas todas aquellas situaciones en las que no se ve involucrada la voluntad del agente, aunque puede suceder que las realice en estado de consciencia o de inconsciencia de sus actos. A lo más, podríamos decir que con ellas se integra un acto humano, cual si procediera de un animal.

En algunas situaciones coincide con los postulados de la teoría tradicional y en otras, hasta estoy en desacuerdo con el finalismo. Aunque cabe hacer el recordatorio de que muchos de los supuestos de los que hablaré, eran considerados como hipótesis de ausencia de conducta, de inimputabilidad o de inculpabilidad.

Dentro de la involuntariedad o falta del querer (elemento emocional o volitivo de la conducta), mencionaré los siguientes supuestos:

1) MOVIMIENTOS INVOLUNTARIOS Y CONSCIENTES:

- a) Movimientos instintivos.
- b) Movimientos fisiológicos.
- c) Movimientos reflejos.
- d) Fuerza física irresistible (vis absoluta).
- e) Fuerza mayor (vis maior).

2) MOVIMIENTOS INVOLUNTARIOS E INCONSCIENTES:

- a) Hipnotismo.
- b) Sonambulismo.
- c) Sueño.

(a) LOS MOVIMIENTOS INVOLUNTARIOS Y CONSCIENTES.

Son aquellos actos que el agente realiza en contra de su voluntad, en los cuales falta el elemento emocional o volitivo de la conducta, aunque no el intelectual o cognoscitivo, puesto que son ejecutados en un estado de plena consciencia, es decir, pueden ser comprendidos en el momento en que se dan.

(b) LOS MOVIMIENTOS INSTINTIVOS.

Forman parte de los movimientos involuntarios y conscientes, que dan lugar a una hipótesis de ausencia de conducta, al faltar su elemento emocional o volitivo. Con ellos debe expresarse a la actividad o inactividad, que es obra del instinto y no del juicio cognitivo, del propósito deliberado o de la reflexión.

Al no aparecer en ellos la voluntad de extenuarlos, nos brindan la pauta para ir a la conducta en el mundo jurídico-penal. Los entiendo como los actos esenciales del individuo, que pueden o no estar condicionados, aunque nunca mediante un proceso experimental, sino instintivo.

En ocasiones requieren de un conocimiento previo al evento y en otras no, y no necesitan de un esfuerzo intelectual. Se dan frente a situaciones de placer y de peligro, esencialmente. El ténaro instinto, deriva del latín *instinctus*, que es el estímulo interior que determina al hombre o al animal a desplegar un acto tendiente a su conservación o a su reproducción.

Como ejemplos típicos, tenemos al instinto sexual y al de conservación. Los elementos constitutivos de un movimiento instintivo serían los siguientes: A) Un movimiento involuntario. B) Desplegado en estado de consciencia. C) Que es obra del instinto. D) Que no requiere de un proceso intelectual. E) Que puede ser condicionado mediante un proceso instintivo. F) Que puede o no necesitar de un conocimiento previo al evento. G) Que es desplegado en situaciones de peligro o de placer.

Aquí cabe perfectamente el hecho de aclarar que en los movimientos instintivos, hay ocasiones en que el comportamiento socialmente aceptado, le impone al sujeto que les condiciona, para que pueda reprimirlos en determinado momento y externalizarlos cuando el núcleo y su moral se lo permitan.

El ejemplo ideal lo es en el instinto sexual, porque para diferenciar al hombre de las bestias, le ha sido impuesta a los individuos la regla de reprimirlo, evitando hacer su expresión en público, sin el consentimiento de la persona con la cual se propone a ayuntar, no utilizar la violencia en la conjunción carnal, etc.

Tal es el caso de que hayan sido tipificados como delitos los atentados al pudor, la violación sexual, el estupro, el incesto, el rapto, los ataques a la moral, etc., protegidos en la mayoría de los casos el bien jurídico de la libertad sexual, el normal desarrollo biopsicossexual o la moral sexual familiar.

Por ello, no podríamos argumentar una buena ética para defender al violador sexual, que actúa inspirado por una causa de involuntariedad fundada en un movimiento instintivo, que da lugar a la ausencia de conducta y a la negación del delito en el mundo jurídico. Esta es otra de las diferencias entre el hombre y el animal: El control de los instintos.

(c) LOS MOVIMIENTOS FISIOLÓGICOS.

También son movimientos involuntarios y conscientes, con ellos me refiero a los actos secundarios de los órganos del cuerpo humano. Como en ellos no interviene la voluntad del agente, dan lugar a una hipótesis de ausencia de conducta. Son actos inferiores del hombre, que no pueden ser condicionados a luz de procesos experimentales, para realizarlos se necesita de un conocimiento previo al evento y no precisan de un esfuerzo cognoscitivo.

ANICOLISEI nos dice que son movimientos psicológicos insignificantes, aquellos que ocurren en los músculos inferiores, en los que no se puede manifestar un esfuerzo consciente, al referirse a los movimientos fisiológicos. (423) Como ejemplos, tenemos a los actos de defecar, orinar o estornudar.

Los elementos esenciales de un movimiento fisiológico son: a) Un movimiento involuntario. b) Desplegado en un estado de consciencia. c) De un órgano inferior del cuerpo humano. d) Que es obra de funciones orgánicas. e) Que no requiere de un esfuerzo cognoscitivo. f) Que puede o no tener un conocimiento previo al evento. g) Que no puede ser condicionado por procesos experimentales.

(d) LOS MOVIMIENTOS REFLEJOS.

También son movimientos involuntarios y conscientes. Con ellos hago referencia a los movimientos primarios del cuerpo humano. Cuando se los despliega no interviene el querer del sujeto, aunque sí puede prever que ocasionen un resultado determinado. En la doctrina tradicional se cuestiona si pueden darse con intención indirecta (culposa), en cualesquiera de sus dos modalidades. (424)

Son movimientos superiores del cuerpo humano, que pueden ser condicionados a base de procesos experimentales. Para realizarlos se necesita de un conocimiento previo al evento y no requieren de un esfuerzo del intelecto.

El vocablo reflejo, proviene del término latino *reflexus* y es nombrado así el movimiento que se produce involuntariamente, como respuesta a un estímulo. Como ejemplos se puede mencionar al reflejo prensor o de presa y al del centro de la rodilla.

Sus elementos son: 1) Un movimiento involuntario. 2) Desplegado en estado de consciencia. 3) De los órganos superiores del cuerpo humano. 4) No requiere de un esfuerzo intelectual. 5) Puede o no haber un conocimiento previo al evento. 6) Puede ser condicionado a base de procesos experimentales.

(e) LA FUERZA FISICA IRRESISTIBLE.

La entiendo como aquella violencia material que proviene de un ser humano y que se da sobre otro hombre; quien la sufre está obligado a la actividad o inactividad, porque no puede resistirla. Cuando el sujeto activo es forzado físicamente por otro, violencia a la cual no pueda resistirse, lo hace en calidad de instrumento, tal y como lo sería una pistola.

FORTE PETIT dice: "De tal manera, que la fuerza física hace que un individuo realice un hacer o un no hacer, que no ha querido ejecutar. En consecuencia, si hay fuerza física irresistible, la actividad o inactividad forzadas, no pueden constituir una conducta, por faltar uno de sus elementos: la voluntad" (425)

Se exime de sanción a quien actúa impelido por una fuerza física irresistible, puesto que el castigarlo significaría que puede sancionarse a la pistola, en mi ejemplo. Debe pensarse a quien ejecuta la fuerza física sobre otro para obligarlo a delinquir, a título de interventor mediato.

Los elementos constitutivos de la fuerza física (*vis absoluta*) son: a) Una fuerza de naturaleza material. b) Ejercida en el cuerpo de un sujeto. c) Proviene de otro hombre. d) De carácter irresistible. e) Que hace actuar al que la sufre en calidad de instrumento.

(f) LA FUERZA MAYOR.

Es aquella violencia ejercida en el cuerpo del sujeto activo, de carácter irresistible y que proviene de la naturaleza o de los animales. Conduce al sujeto a realizar una actividad o una actividad que no ha querido. En ella falta la voluntad, aunque puede ser realizada en estado de plena consciencia.

Se deja sin sanción a quien actúa impulsado por una fuerza irresistible de carácter natural o animal, porque en el acto falta la voluntad y origina la ausencia de conducta. Tampoco debe sancionarse al animal, como se creyó.

Los elementos constitutivos de la fuerza mayor o *vis maior* son: a) Una fuerza material. b) Proveniente de la naturaleza o de los animales. c) Que es ejecutada sobre el cuerpo del sujeto. d) Que es de naturaleza irresistible. e) En ella entran en juego las leyes de la causalidad.

(424) Cfr. FORTE PETIT. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, p. 417. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(425) FORTE PETIT. *Ob. cit.*, p. 407.

(g) LOS MOVIMIENTOS INVOLUNTARIOS E INCONSCIENTES.

Son aquellos actos que no llegan a constituir una conducta completa con la que pueda llegar a integrarse el elemento subjetivo-material del delito, porque el hombre los realiza sin su voluntad y además, en un estado de inconsciencia de sus actos. El lugar adecuado para su ubicación lo es en la involuntariedad.

(h) LA HIPNOSIS.

Se piensa que el hipnotismo no constituye una hipótesis de ausencia de conducta, mas también hay quien opina que el sujeto hipnotizado no puede actuar en contra de sus principios éticos o morales, aunque se encuentren en esa situación. Yo estimo que la hipnosis es una causa de involuntariedad.

Si entrar en discusiones filosóficas respecto a este interesante problema PORTE PETIT menciona tres supuestos que pueden presentarse con relación al hipnotismo. (425)

1. Que se hipnotice al sujeto en contra de su voluntad y sin que medie el consentimiento y que en tal estado, realice una conducta tipificada en la ley penal. En este caso estamos frente a una hipótesis de ausencia de conducta.

2. Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento y con fines delictuosos de su parte. Hay responsabilidad penal, puesto que nos encontramos ante la excepción, ante la conducta libre en su causa.

3. Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento y sin intención delictuosa de su parte. PORTE PETIT estima que hay culpa (intención indirecta). Estimo que se trata de una conducta libre en su causa con intención indirecta que, de cualquier manera, es imputada bajo este título.

En otro mismo supuesto, suele mencionarse al estado post-hipnótico, en el cual el sujeto no se encuentra en plena consciencia de sus actos y que daría lugar a la atenuación del reproche en la culpabilidad, por disminución de la capacidad intelectual o lo que en la doctrina es conocido como imputabilidad disminuida o atenuada.

(i) EL SONAMBULISMO.

También pertenecen a los supuestos que generan una hipótesis de ausencia de conducta, porque son realizados movimientos involuntarios e inconscientes, que dan lugar a la inexistencia del delito. En el sonambulismo pueden ser analizados los siguientes supuestos:

I. Que el sonámbulo realice un acto delictuoso en tal estado, sin propósito delictivo de su parte. Hay un supuesto de ausencia de conducta que impide que pueda integrarse el elemento subjetivo-material.

II. Que el sonámbulo se coloque en ese estado a propósito, es decir, con intención directa o dolosa de su parte. Hay responsabilidad penal, porque estamos en presencia de una conducta libre en su causa.

III. Que el sonámbulo, sabiendo que actúa en ese estado, no evite la realización de resultado delictuoso. También es responsable penalmente, porque existe una conducta libre en su causa con intención indirecta (culposa).

IV. Si en el cumplimiento de sus funciones, el sujeto le es imputado un estado de vigilia y actúa estando sonámbulo, es plenamente responsable de sus actos.

(j) EL SUEÑO.

Quien realiza la conducta delictuosa en estado de sueño, no tiene el dominio necesario sobre sus actos; por lo tanto, no es responsable. En los supuestos de sueño (estado circuncular-hipnico), estamos frente a uno de los supuestos que originan la ausencia de conducta y la inexistencia del delito.

También en el estado de sueño pueden presentarse diversas hipótesis, que son:

A. Que el durmiente realice un acto delictuoso en estado de sueño, sin propósito alguno de su parte. Lo ampara uno de los casos de ausencia de conducta.

B. Que el durmiente se coloque en estado de sueño, con intención directa (dolosa) de su parte. Lo ampara uno de los casos de ausencia de conducta.

C. Que el durmiente, sabiendo que actúa en ese estado, no tome las precauciones necesarias para evitar la realización de actos delictuosos. También hay responsabilidad, porque podemos configurar una conducta libre en su causa.

D. Cuando al sujeto le es impuesto el estado de vigilia en el cumplimiento de sus funciones y actúa en estado crepuscular-hipnótico, es responsable por los actos que realice en ese estado. El Código de Justicia Militar prescribe que se le aplique la mitad de las sanciones que corresponderían al delito de que se trata.

(104) LA INCONSCIENCIA.

Ahora toca analizar todas aquellas situaciones en las que debemos anular al elemento subjetivo-material del delito, porque aparece una causa que nos impide que podamos configurar al momento intelectual o cognoscitivo de la conducta o bien, vician el entendimiento del sujeto, atacando su capacidad de entender.

En este supuesto reúne a las hipótesis que en la doctrina tradicionalista y en el finalismo habían sido consideradas como causas de inimputabilidad, o bien de inculpabilidad. Anulan la consciencia del individuo o hacen que su conocimiento se presente viciado; por tal motivo, alteran el proceso del intelecto.

Al presentarse una de estas situaciones, se nos hace imposible integrar al elemento subjetivo-material de la conducta y al delito. Incluye aquellas causas en las que el agente no puede tener consciencia plena de sus actos, por un trastorno mental o por la ignorancia, que vicia su capacidad de entendimiento.

El error invencible con respecto a alguno de los elementos constitutivos de la figura típica que motiva el procedimiento penal o relativo a la ilicitud de la conducta, trae como consecuencia una hipótesis de ausencia del elemento subjetivo-material y no de inculpabilidad, como se había estimado.

(a) LOS TRASTORNOS MENTALES TRANSITORIOS.

Englobo dentro de estas especies a todas aquellas causas que impiden que un sujeto capaz de comprensión, tenga plena consciencia de los actos que realiza, por el uso involuntario de alguna droga o producto similar, que altere su entendimiento en forma momentánea.

Toca a los psicólogos y los psiquiatras forenses determinar cuáles pueden ser las causas que produzcan un trastorno en la mente humana. Cuando la causa que provoca el trastorno mental transitorio es involuntaria, tiene el poder de anular la capacidad de entender del sujeto que la sufre, desde el punto de vista penal; por lo tanto, quien la padece no es penalmente responsable.

Como ya lo he anotado, si el trastorno en el cual quiere amparar su conducta el agente, se debe a su voluntad e intención (directa o indirecta), el autor es responsable penal, porque estamos ante a presencia de una conducta libre en su causa.

(b) EL ERROR DE TIPO.

En paridad, definitivamente el error de tipo no es una de las causas que tengan el poder de hacer que desaparezca el momento intelectual o cognoscitivo de la conducta, aunque sí conlleva un vicio del entendimiento, que impide que el sujeto pueda comprender con plenitud las consecuencias de su comportamiento.

Consiste este error, en el desconocimiento o en un falso conocimiento que el individuo tiene sobre una situación determinada, que lo lleva a elaborar un proceso intelectual o un juicio que, de ninguna manera concuerda con la realidad.

La doctrina y las legislaciones no pueden distinguir sobre, si el error humano es debido a su desconocimiento o a un falso conocimiento y ambas situaciones son englobadas en la expresan "error". Ordinariamente se consideró que ésta era una de las llamadas "causas de inculpabilidad".

Existe un error de tipo anulatorio de la conducta dolosa, cuando el ser humano yerra esencial e inevitablemente sobre alguno de los elementos que están contenidos en la descripción típica del delito de que se trata en el caso concreto, que impide tener un conocimiento exacto de la relevancia de su comportamiento.

Los elementos del error de tipo son los siguientes: 1. El desconocimiento o el falso conocimiento. 2. Que recaen sobre algún elemento típico. 3. De naturaleza esencial. 4. Racionalmente inevitable. 5. Que impide que sea integrado un proceso intelectual adecuado a la realidad. 6. Que vicia el entendimiento.

El error de tipo se bifurca, cada uno de sus aspectos se da con relación a los elementos que contiene el marco de explicitación del delito-tipo y son: a) Error de tipo sobre los elementos objetivos. b) Error de tipo sobre los elementos subjetivos.

(c) EL ERROR DE TIPO OBJETIVO.

Este es el desconocimiento o el falso conocimiento que recae sobre la esencia jurídica del delito, es racionalmente inevitable y está referido a los elementos objetivos incluidos en el modelo de explicitación normativa de la figura delictuosa que se encuentra cuestionada.

Hay un error de tipo objetivo, cuando el sujeto desconoce por ignorancia racional e inevitable, que afecta su actuación a la parte objetiva del delito-tipo. Por ejemplo, si se le ha hecho saber que la mujer que anhama para obtener la copula, es mayor de dieciocho años o que no es casta ni honesta.

Los elementos constitutivos del error sobre el tipo objetivo lo serían: 1. El desconocimiento o el falso conocimiento. 2. De naturaleza esencial e inevitable. 3. Que recaen sobre la descripción objetiva del delito-tipo.

El error de tipo puede presentarse cuando el sujeto ignora alguno de los presupuestos, cuando desconoce que actualiza el vicio rector de la descripción o cuando yerra sobre las referencias temporales o espaciales. Si no conoce las cualidades del sujeto activo o pasivo, si yerra sobre el objeto material o el bien jurídico.

Este error debe recaer sobre la esencia de la norma y ser de naturaleza esencial e inevitable, para que tenga el poder de anular a la conducta dolosa. El error de tipo accidental, no tiene la fuerza suficiente para alterar el proceso intelectual o cognoscitivo que requiere el elemento subjetivo-material.

Este error de tipo objetivo accidental, puede ser en el golpe (*aberratio ictus*), en la persona (*aberratio in personam*) y en el delito (*aberratio in delicti*). La *aberratio ictus* se da por desviación, es decir, que el sujeto por falta de puntería o de tino, yerra respecto al objeto material en el que quiere que recaiga la conducta.

La *aberratio in personam* y la *aberratio in delicti* encuentran su origen en la confusión; ésta es, que el agente se confunde en la persona sobre la cual quiere desplegar la conducta delictiva o en el bien jurídico que ampara la descripción típica y en esas condiciones, realiza su actuación.

Hay un error de tipo objetivo veniable cuando el ser humano, en virtud de poner un poco más de diligencia al actuar, podría haber superado el desconocimiento o el falso conocimiento que origina su error. El error accidental o veniable no aprovecha a alguno. El primero deja subsistente al dolo y el segundo, origina a la culpa.

(d) EL ERROR DE TIPO SUBJETIVO.

El error sobre el elemento subjetivo especial está descrito en el delito-tipo y también tiene el poder de anular a la conducta dolosa del sujeto, cuando es esencial y de naturaleza invencible. Recuérdese que el elemento subjetivo especial es identificado con la intención específica o dolo especial.

Los elementos constitutivos del error de tipo subjetivo, serán los siguientes: a. El desconocimiento o el falso conocimiento. b. De naturaleza esencial e invencible. c. Que recaen sobre el elemento subjetivo especial del delito-tipo (dolo específico).

(e) EL ERROR SOBRE LA NORMA.

Este supuesto, que origina una ausencia de conducta, está basado en el desconocimiento o el falso conocimiento que tiene el autor sobre una situación jurídica y que impide que tenga conciencia de la ilicitud de su comportamiento doloso, anulando al elemento subjetivo-material y al delito.

El error que recae sobre la norma adquiere tres aspectos, a saber: 1. El error de regulación. 2. El error de permisón. 3. El error de justificación. Todos ellos se cuentan referidos a situaciones jurídicas, de las cuales el sujeto tiene desconocimiento o falso conocimiento.

Para que el error sobre la norma logre anular al elemento intelectual o cognoscitivo de la conducta (entendimiento), debe ser racionalmente invencible; en caso contrario, el delito debe serle imputado al sujeto a título de intención indirecta (culpa).

Los elementos que constituyen al error sobre la norma son: I. El desconocimiento o falso conocimiento. II. Que recae sobre una situación jurídica. III. Referente a la naturaleza de la norma. IV. De carácter esencial e invencible. V. Que impide que sea integrado el elemento cognoscitivo de la conducta.

(h) EL ERROR DE REGULACION.

Este tipo de error está identificado con aquel instituto al que la doctrina tradicional del delito reconoce con el nombre de error de derecho y que tantas polémicas ha causado. Es el desconocimiento o el falso conocimiento que tiene el sujeto sobre una situación jurídica, que impide que conozca que la conducta dolosa que realiza, está regulada en el ordenamiento jurídico.

El error de regulación (sobre la norma) o de derecho, puede referirse tanto a las normas penales como extrapenales; es decir, que el individuo ignora que la regulación de su comportamiento existe tanto en las leyes penales, como en las extrapenales.

Este error, por cuanto toca al ordenamiento penal, no implica que el sujeto tenga el conocimiento de que su conducta está sancionada con cierta punibilidad. Si el hombre sabe o no cuál es la consecuencia que le tocará sufrir por haber asumido ese comportamiento, poco importa para poder integrar este error.

Simplemente se requiere que el sujeto no sepa que su conducta está regulada en los postulados de explicitación de la normatividad jurídico-penal, que no sepa que le es impuesto un deber de obrar o de abstenerse y bajo esa ignorancia, actúe, provocando el ataque injusto a un bien jurídico.

En la doctrina tradicional mucho se discute sobre si debe o no sancionarse a la persona que actúe bajo un error de regulación. Es más, se ha postulado una máxima que dice: "El error de derecho a nadie aprovecha", ¿será justo asumir esa postura?

Sancionar a quien obra bajo un error de regulación, me parece que es totalmente injusto; dado que si la ignorancia en que se actúa es racionalmente invencible, deberá recibirse el mismo tratamiento que en las demás clases de error.

El desconocimiento de las normas jurídicas, más bien le es imputable al Estado, puesto que él tiene todos los medios necesarios para dar publicidad a sus legislaciones y si no los utiliza, ¿por qué habría de castigarse a quien las desconoce? Para esta clase de error y su calificación jurídica, debe considerársele grado de cultura de la persona, habida cuenta de que en México, por lo menos, todavía hay un índice muy alto de analfabetismo y desinformación.

En nuestro país, además, también siguen existiendo muchas tribus o comunidades aisladas, en las que la única ley es la costumbre y a las que ni por equivocación les llega el periódico oficial. Por ejemplo, existe la comunidad menonita, en la cual, aparentemente, no existe la criminalidad.

Los elementos que constituyen el error sobre la norma reguladora son: 1) El desconocimiento o el falso conocimiento. 2) De naturaleza racionalmente invencible. 3) Que recae sobre la regulación en una norma legal de la conducta asumida.

El IGP está por sancionar a quien actúa bajo un error de regulación, el cual únicamente funcionará como atenuante y tomando en consideración una serie de requisitos concernientes a las peculiaridades del sujeto. El tratamiento se encuentra en el artículo 59^o bis.

La norma invocada dice así: "Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá ignorar hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso".

(g) EL ERROR DE PERMISIÓN.

Este es el falso conocimiento o el desconocimiento racionalmente invencible, que tiene el sujeto sobre una situación jurídica, lo que le impide que conozca la prescripción o la prohibición legales. En primera instancia podría decirse que este es idéntico al error de regulación, mas no es así.

En el error de regulación el agente desconoce que su conducta dolosa está incluida en las legislaciones; en cambio, en el error de permisión estimo, por ignorancia, que su conducta no está prescrita o prohibida; es decir, que piensa que se le permite desplegarla.

Podríamos presentar un ejemplo en el delito-tipo de adulterio que, como se sabe, en el estado de Veracruz ha sido despenalizado. Un sujeto que siempre ha vivido allí, decide traspasar las fronteras de su Estado, para llegar a vivir a la capital de la República y en ella realiza la conducta constitutiva de este delito.

Si el error que lo hace suponer que la conducta también constituye un indiferente jurídico en el Distrito Federal, es de naturaleza racionalmente invencible, debe ampararse en una ausencia de conducta, que impide que el delito quede integrado en el nudo jurídico-penal.

Los elementos del error de permisión son: 1) El desconocimiento o el falso conocimiento. 2) De naturaleza racionalmente invencible. 3) Que recae sobre las prohibiciones o prescripciones legales. 4) Que le hace suponer al individuo que su conducta está permitida o que constituye un indiferente jurídico.

Como en todos los errores, si la situación que provoca el desconocimiento o el falso conocimiento (ignorancia, de cualquier modo) es de naturaleza racionalmente invencible, subsistirá la imputación de la conducta delictuosa a título de intención indirecta (o dolosa).

(h) EL ERROR DE JUSTIFICACIÓN.

Esta clase de error es originada cuando el ser humano tiene, por una invencibilidad racional, la creencia de que su conducta dolosa está amparada por una de las causas de justificación que prevé el ordenamiento legal. De lugar a lo que en la corriente tradicionalista es conocido como "eximentes putativas" o "falsas causas de justificación".

Existirá una eximente putativa por cada una de las normas justificativas que quiera reconocer el código penal. De acuerdo con el CPF, las que pueden presentarse son: Defensa putativa, estado de necesidad putativo, ejercicio de un derecho putativo, cumplimiento de un deber putativo, impedimento putativo y obediencia jerárquica putativa.

Son elementos constitutivos del error de justificación, los que enumeraré a continuación: 1) El desconocimiento o el falso conocimiento. 2) De naturaleza racionalmente invencible. 3) Que recae sobre las normas justificativas. 4) Que hace suponer al hombre que su conducta está amparada por una justificante legal.

EL CPF reconoce al error de justificación como una de las llamadas "circunstancias excluyentes de responsabilidad", en el Capítulo IV, del Título Primero. El artículo 15º, fracción XI, dice: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: "...o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta".

Un párrafo adicional a esta fracción reconoce la naturaleza racionalmente invencible del error, al decir: "No se excluye la responsabilidad si el error es vencible". Lo cual funciona para todas las clases de error. El error vencible será imputado a título de culpa.

Resulta obvio que, por su naturaleza, el error sólo puede ser referido a la conducta cometida con intención directa (dolosa), porque en los delitos que son realizados con intención indirecta (culposa) no es necesario que el sujeto tenga conocimiento del carácter ilícito de su comportamiento. Esto rige también para todos los tipos de error.

(105) LA AUSENCIA DE INTENSION.

Si la intención viene a ser uno de los momentos constitutivos del elemento subjetivo-material, en ausencia de ella misma no nos queda sino aceptar la imposibilidad de que llegue a ser configurada la conducta. Respecto a la falta de intención, únicamente podemos contar con un supuesto, que es reconocido como el *casus*.

El caso fortuito es una institución que ha acarreado grandes problemas a la ciencia jurídico-penal y se ha dicho que constituye el límite de la culpa. En todo caso, yo lo consideraría como el límite de la intención indirecta o culpa. En él falta la intención o intensidad de la voluntad.

El *casus* o caso fortuito debe ser erigido como una de las hipótesis de ausencia del elemento subjetivo-material o conducta, dado que cuando estamos frente a él, no podemos decir que haya habido intención dolosa o culposa. En la doctrina tradicional se lo definió como la imprevisión de lo imprevisible.

Yo pienso que este concepto no es tan exacto, habida cuenta de que en el caso fortuito puede presentarse un mínimo de previsión; por tal motivo, lo conceptúo como: La no previsión de lo imprevisible o la no evitación de lo inevitable. En el *casus* podría presentarse la previsión, sin que ella le quite la calidad de fortuito al evento.

Hay una hipótesis de caso fortuito, cuando es producido un resultado tipificado como consecuencia del azar, de la naturaleza, de los animales y aún del mismo hombre, sin que el sujeto que actúa pueda llegar a preverlo o a evitarlo, dentro de los límites que marca la normalidad.

Podría pensarse que el *casus* y la *vis maior* (fuerza mayor) constituyen una sola hipótesis; mas esto no es así, dado que entre ambos existen diferencias tajantes. Es bien sabido que en las dos situaciones entran en juego las fuerzas naturales o animales; en el caso fortuito, además, se involucra al azar y al mismo hombre.

En la fuerza mayor, la naturaleza y los animales actúan directamente sobre el cuerpo del sujeto, impulsándolo a producir el resultado delictuoso. En cambio, en el caso fortuito el resultado constitutivo de delito que se da, lo producen esos factores o la voluntad humana, aunada al azar o a la finalidad (causalidad para).

Cuando por motivo de las fuerzas naturales, animales o de situaciones humanas impronunciadas o inevitables se haga presente un resultado que, aun cuando el ser humano lo haya podido prevenir, resulte inevitable con la intervención del sujeto, estaremos en presencia de un caso fortuito, como hipótesis de ausencia de conducta.

Los resultados que son producidos al entrar en juego esos factores, no pueden serle imputados al individuo porque, aunque los haya previsto o no, no está en posibilidades de proveer lo necesario para evitar que sucedan, porque el área jurídico-penal rige para el humano común y corriente y no para el superdotado.

En el caso supuesto de que el resultado fatalista sí pueda llegar a ser previsto y además, proveer lo que sea necesario a fin de evitarlo, en virtud de que el sujeto hubiese actuado con un poco más de diligencia o prudencia, entonces sí que se lo hará responder por él, mas la imputación tiene que ser hecha a título de culpa.

Son elementos constitutivos del caso: a) La intervención de las fuerzas naturales o animales o una situación humana azarosa. b) La producción de un resultado típico. c) La imposibilidad de prevenirlo o evitarlo. d) La situación de que el sujeto actúe sin grado de intencionalidad alguno.

El caso fortuito es un paso más para desterrar a los "delitos calificados por el resultado" del ámbito del área jurídico-penal. En él se reafirma la idea de que "no hay delito sin conducta" y de que "el área de la normatividad únicamente se ocupa de regular el comportamiento humano".

Un ejemplo real del caso fortuito es el siguiente: A y B se dirigen a una población cercana al Distrito Federal, en un camión de volteo conducido por A. Al llegar a una cantina se encuentran a C y juntos pasan a tomarse unas copas e invitan a X y a Y. Anochece y el lugar se encuentra sin alumbrado.

De momento, A, C, Y y X buscan a B, sin encontrarlo y suponen que se retiró del lugar, porque ya estaba muy borracho. Ellos juntos salen al sitio en donde había quedado estacionado el camión de volteo y A abre la puerta del lado derecho, para que suban sus acompañantes.

A dar la vuelta al camión por enfrente y abre la portezuela del lado izquierdo para subirse. Pone en marcha el vehículo con todo cuidado y arranca a la velocidad adecuada, sin violar deber de cuidado alguno y de repente, siente que el camión "brinca" algo; se baja para ver qué es y se da cuenta de que es la cámara de B.

El Ministerio Público ejercita la acción penal por homicidio y en el juicio, se dan por comprobados el cuerpo del delito y la responsabilidad penal de A, a título de delito culposo, porque violó un deber de cuidado, al no percatarse de que su amigo B se encontraba durmiendo abajo del camión.

A todas luces, esto fue una peregrinada, que nos sirve para darnos cuenta de que el Ministerio Público castiga delitos y no delitos; dato que para él, todo resultado dañoso es una conducta típica, antijurídica y culpable y ya por sí sola, es suficiente para integrar a la responsabilidad.

Jamás recordó que los postulados de la normatividad jurídico-penal rigen para el hombre común y corriente y no para el superdotado, aunque pueda haberlo. Tal vez, alguien exageradamente prudente y diligente hubiera tenido la precaución de acomodarse debajo de su coche, para ver si alguno estaba durmiendo cerca de sus llantas.

No resulta ordinario que alguien coloque su cabeza abajo de un automóvil, sea para dormir o para ver qué pasa. La previsión que exige el actuar culposo es la que pueda tener un hombre normal, el superhombre jamás podría cometer delito alguno y en todo caso, quien violó un deber de cuidado, al actuar un forma imprudente, fue B, al dormirse abajo de las llantas.

Lógicamente, A fue absuelto; no debía condenársele por un resultado que produjo la sola fatalidad. Siguiendo el sistema procesal penal vigente, se declaró que A era irresponsable, por operar a su favor la excluyente de responsabilidad contenida en el artículo 15, fracción X del CPF.

Indudablemente, existió la privación de la vida de B, en esta hipótesis; empero, la muerte no fue consecuencia de la conducta desplegada por A, quien ejecutó un hecho lícito, causando un daño por mero accidente, sin intención o imprudencia alguna, como lo exige el precepto invocado.

Aunque lo contenga mal ubicado, el CPF reconoce que el resultado que ha sido ocasionado por un caso fortuito, no le es imputable a la persona que, sin querer, se colocó como causa determinante del proceso causal y si el daño no puede ser ligado a su voluntad, no debe hacérselo responder por él.

La definición legal del caso es la siguiente: "Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas". En el caso a estudio todos los requisitos fueron cubiertos, quedando a salvo los derechos de A.

Con ello se demuestra que la normatividad jurídico-penal verdaderamente se encarga de proteger las expresiones fundamentales del Derecho de cualquier ser humano y no solamente las de los supuestos ofendidos y que los problemas que se presentan en la práctica no son siempre por cuestión de instituciones, sino de los hombres que ignoran su esencia.

(106) LA CARENCIA DE RESULTADO.

Esta hipótesis de ausencia de conducta se da cuando el delito-tipo exige la presencia de un resultado determinado y éste no se produce, bien sea de naturaleza jurídica o material. Es decir que, a pesar de que se da una conducta voluntaria e intencional, no llega a efectuarse el ataque al bien jurídico tutelado.

El problema que se presenta con relación a este supuesto, es el de que determinemos si la figura delictiva admite quedarse en grado de intento y si se dan los requisitos de esta institución; en caso afirmativo, el autor será responsable del mismo delito, aunque en grado de tentativa.

Así, diré que la hipótesis de carencia de resultado, solamente anula al delito, si el tipo exige que con la conducta sean producidos determinados efectos y éstos no se presentan y si el comportamiento asumido no conforma los elementos de la tentativa, si es que la figura típica, por su esencia, la admite.

Se hace referencia a los resultados jurídico y material, porque estos son los efectos que, de acuerdo con la ley penal, puede tener la conducta, según que intente un delito clasificado como de mera conducta o de resultado material. Si esas consecuencias exigidas llegasen a faltar, estaremos frente a una hipótesis de ausencia de conducta.

El ejemplo también será tomado de la práctica procesal penal y es el siguiente: Dos patrulleros encuentran a B y a C, supuestamente copulando en el interior de un automóvil y los remiten al juzgado calificador correspondiente, por faltas a la moral.

Al llegar a ese lugar, B le dice al Juez Calificador que él es Licenciado en Derecho y que trabaja en una Agencia del Ministerio Público Federal y además, le muestra una copia simple de la cédula profesional de otra persona y con ella pretende ampararse, para no ser sancionado administrativamente.

El Juez Calificador estima que este acto es constitutivo del delito y le pide a los policías que pongan a B y a C a disposición del Ministerio Público, quien consigna a B por el delito de usurpación de funciones públicas y por el mismo ilícito se le instruye proceso y se lo acusa.

En este caso, la sentencia fue absolutoria, declarándose que la conducta de B era atípica, en virtud de que el artículo 259, en su fracción I del CPF, exige dos resultados típicos jurídicos, que son: Atribuirse el carácter de funcionario público y ejercer las funciones propias.

(107) LA IMPOSIBILIDAD DE RELACIONAR LA CONDUCTA Y EL RESULTADO.

También constituye una hipótesis de ausencia del elemento subjetivo-material la imposibilidad de que llegamos a relacionar la conducta con el resultado; es decir, que si el comportamiento del sujeto no es la causa que produce el efecto típico, estaremos frente a una de las hipótesis de ausencia de conducta.

(108) LAS CONSECUENCIAS DE LA AUSENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL.

Es muy importante que sepamos cuáles son los efectos o consecuencias que produce la aparición de una hipótesis de ausencia de conducta, que nos impide configurar al elemento subjetivo-material del delito en el mundo jurídico y, qué es lo que sucede en el campo de la realidad fáctica cuando esto acontece.

La necesidad surge de la consideración de que es el resultado que hubiere sido producido por el sujeto que actuó amparado en una ausencia de conducta, provoca la inexistencia jurídica del delito; empero, el peligro, la lesión, la controversia o la destrucción del bien jurídico, perdura en el área de los hechos.

(a) EN LA REALIDAD FÁCTICA.

Aquí, ya no hay que hacer prácticamente, los efectos del comportamiento humano seguirán existiendo y el ofendido y sus causahabientes se quedarán con los daños y/o perjuicios causados, porque si el delito ha sido negado en el mundo jurídico, es imposible sentenciar al procesado a que los compense.

Por ello, surge la necesidad de aprender perfectamente el proceso de la valoración jurídica del delito y fundar y motivar con preceptos y razonamientos adecuados la consignación, la acusación y la sentencia.

También debe cuestionarse el establecimiento de una ayuda social al ofendido y a sus causahabientes, en el caso en que hayan sufrido un daño o perjuicio a consecuencia de una conducta ilícita que no llegó a integrar un delito, pero que sí atacó injustamente un bien jurídico.

Las prerrogativas que establecen los códigos penales no deben ser otorgadas nada más a favor de los sujetos pasivos de la relación procesal-penal (agentes del delito) sino, también en pro de los ofendidos por conductas constitutivas de delito, que no hayan logrado integrarlas y si produjeron un resultado dañoso.

(b) EN EL MUNDO JURÍDICO-PENAL.

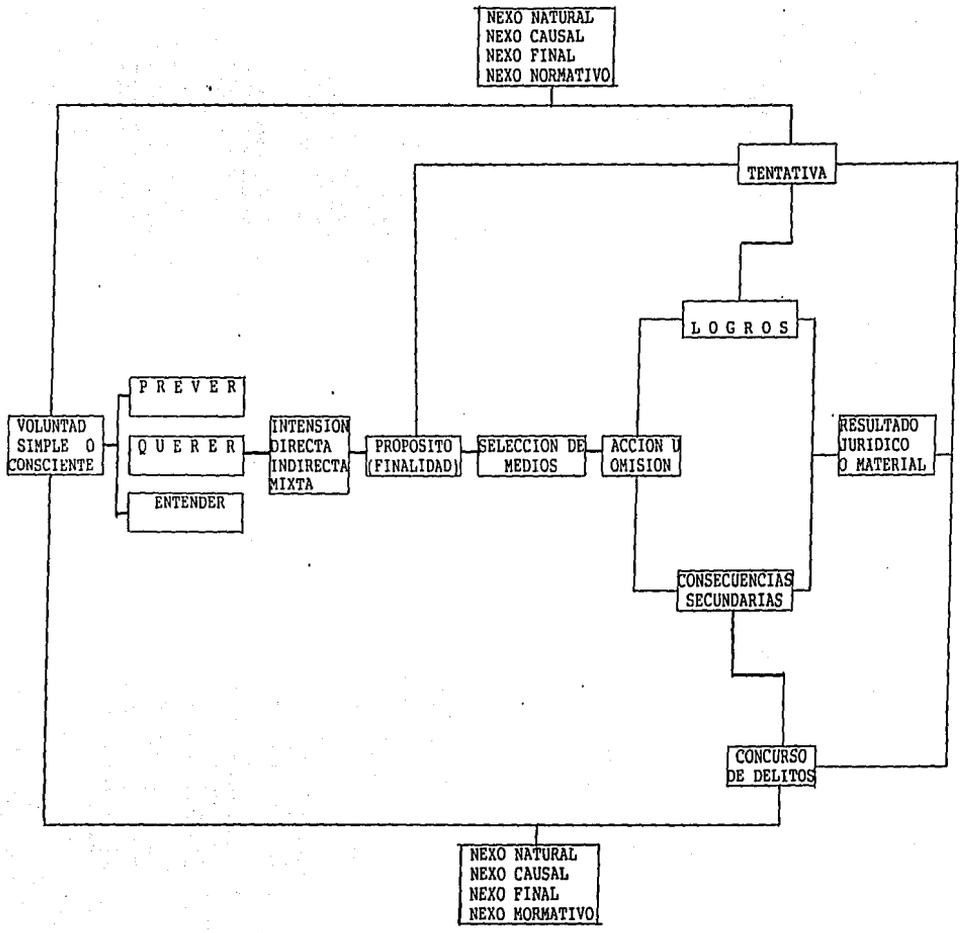
Cuando resulta que el sujeto queda amparado por alguna de las hipótesis que anulan al elemento subjetivo-material o conducta, el proceso de la valoración jurídica debe terminar allí, dado que el delito no puede existir y resultaría ocioso entrar al análisis de la responsabilidad.

Si esto ocurre durante la averiguación previa o indagatoria, la autoridad ministerial debe proceder a elaborar su propuesta de archivo o no ejercicio de la acción procesal-penal y remitirla de inmediato al Procurador, para que sea estudiada y resuelta, con sus consecuentes trámites.

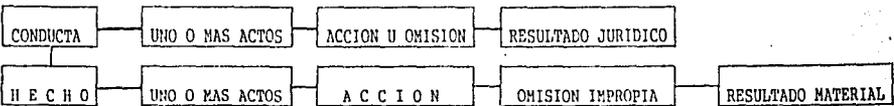
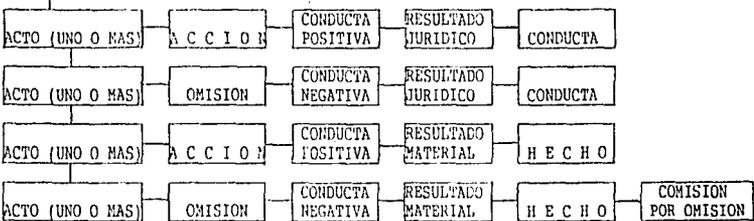
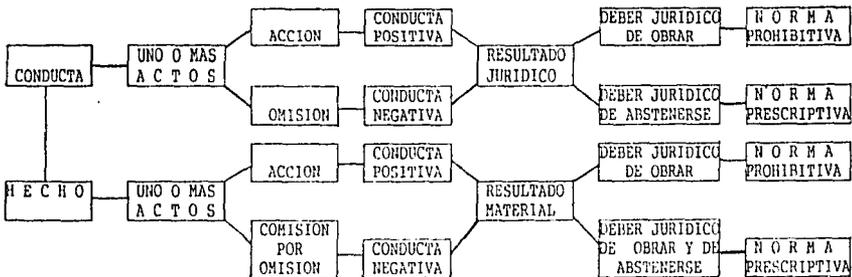
En la práctica esto no sucede y lo mismo son consignados delitos y no delitos; lo cual reduce en un exceso de carga de trabajo para los juzgados penales. Debe pugnarse por las reformas necesarias, a fin de que este consejo se tome en cuenta y sólo se consignen los casos en que haya sido probada la existencia del delito.

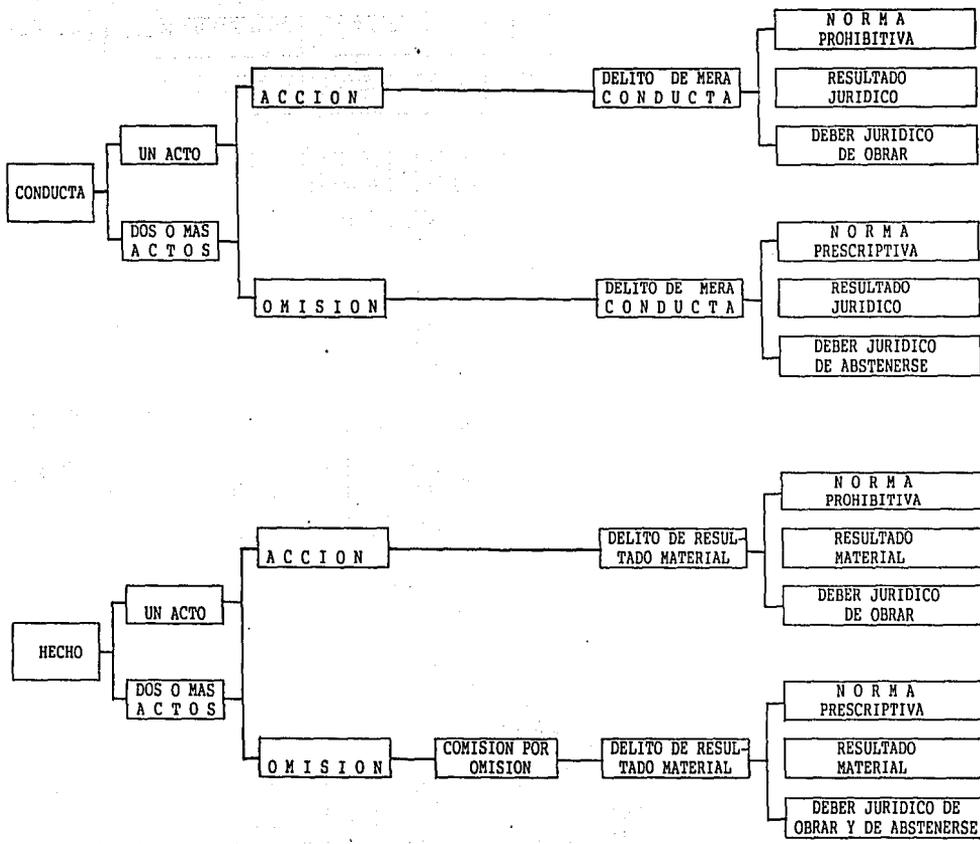
Si en la valoración jurídico-judicial la autoridad comprueba que, efectivamente no a sido integrado el elemento subjetivo-material del delito, a pesar de las pruebas apertadas, debe declarar la inexistencia del delito, absolviendo y decretando la absoluta e inmediata libertad de la persona que fue sentada a proceso.

Estoy a favor de que en todos los casos en que sea dictada una sentencia absolutoria, porque no pudieron ser comprobados el delito o la responsabilidad, el estado debe responderle a las personas injustamente procesadas, con un satisfactor económico y con el reconocimiento público de su inocencia (publicación especial de sentencia). Toma del que no ocuparé más adelante.

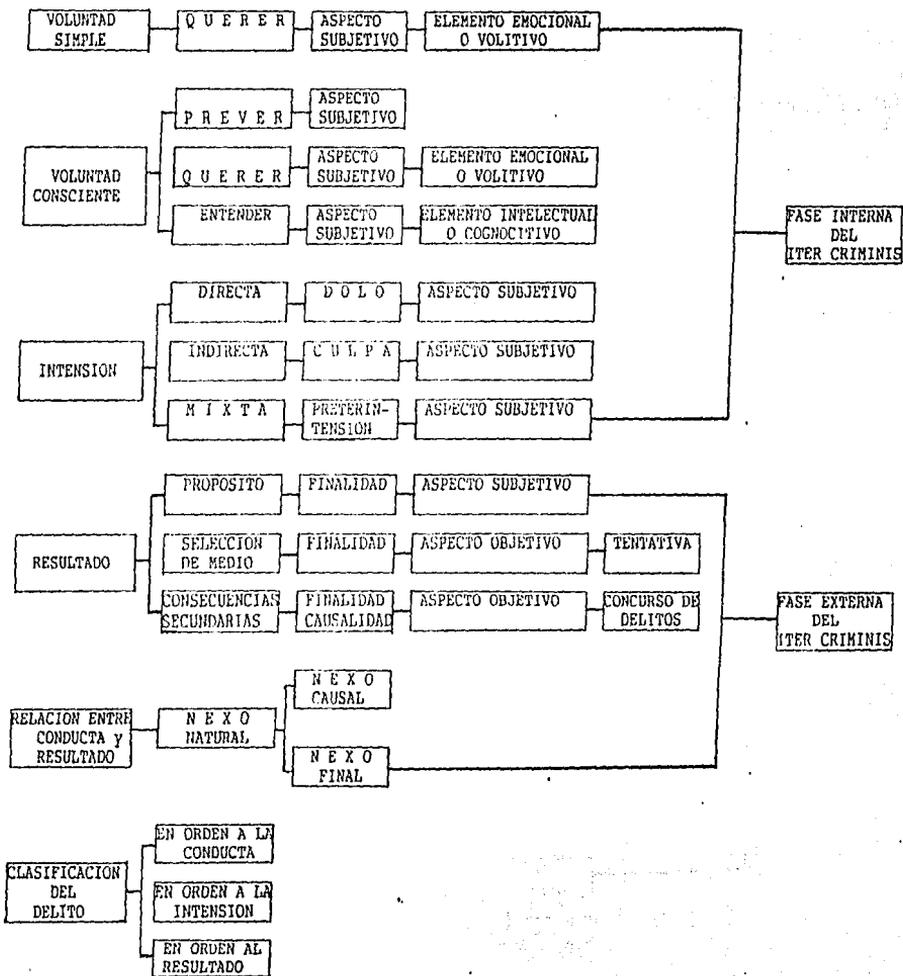


EL PRESUPUESTO DEL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL,
LAS FORMAS DE MANIFESTACION DEL DELITO.
PRINCIPIO RECTOR: COEXISTENCIAS POSIVAM NEXO FACTUR (LAS IDEAS NO DELINQUEN).



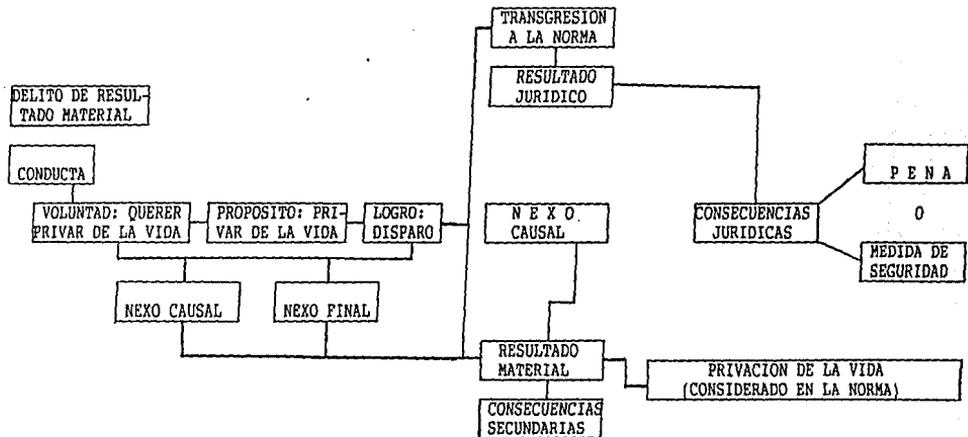
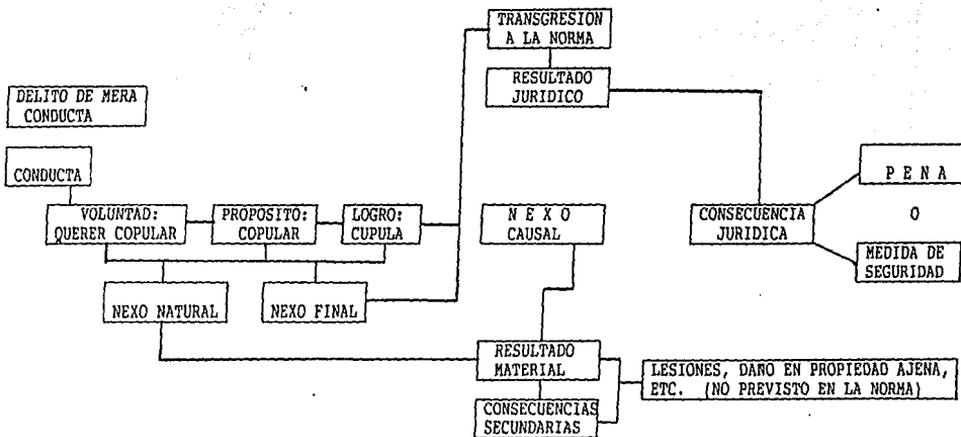


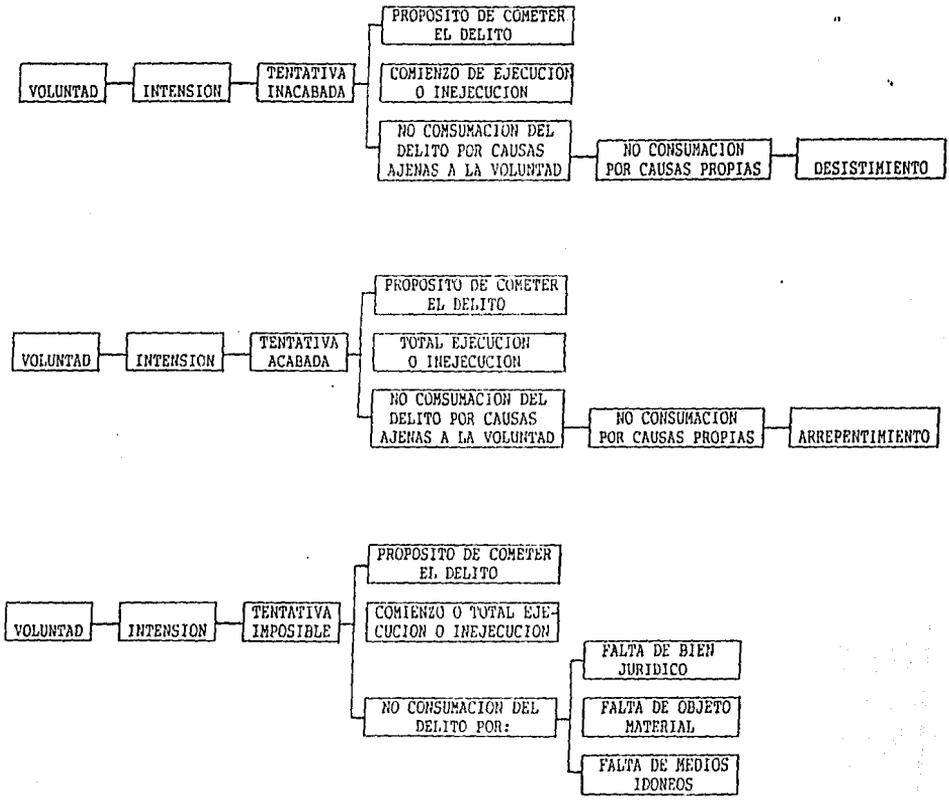
CUADRO SINOPTICO NUMERO : 3
 DIFERENCIAS ENTRE CONDUCTA Y HECHO.



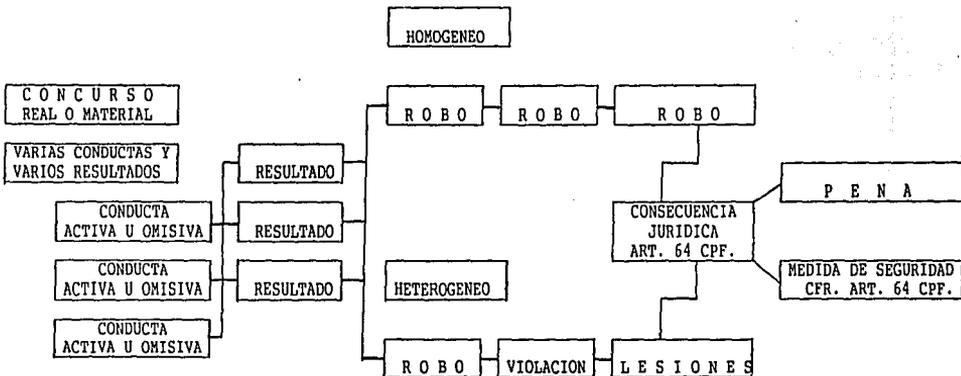
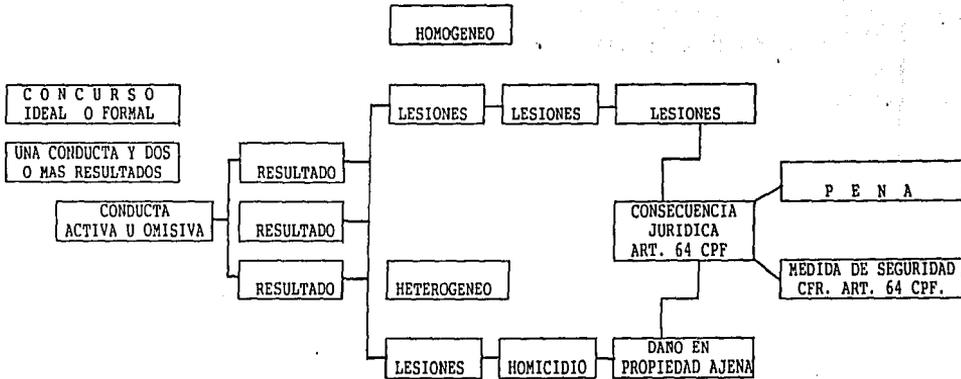
CUADRO SINOPTICO N.º 4
 COMPONENTES DEL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL.

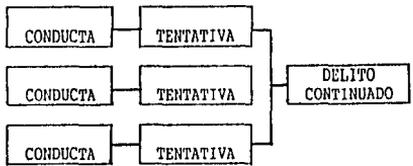
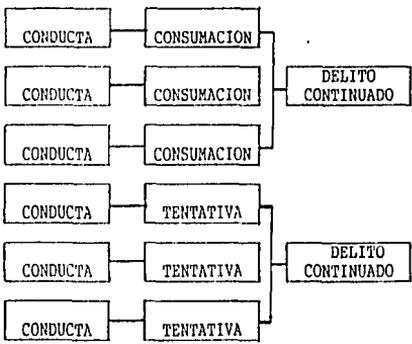
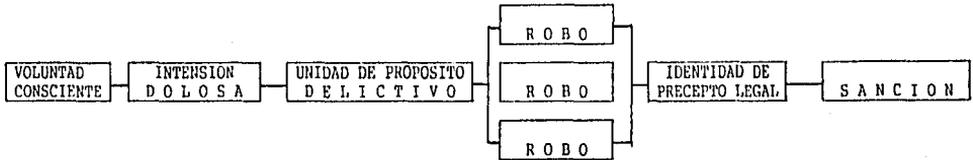
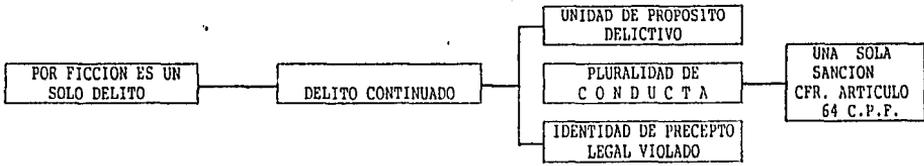
DIFERENCIA ENTRE DELITO DE MERA CONDUCTA O FORMAL Y DE RESULTADO MATERIAL.



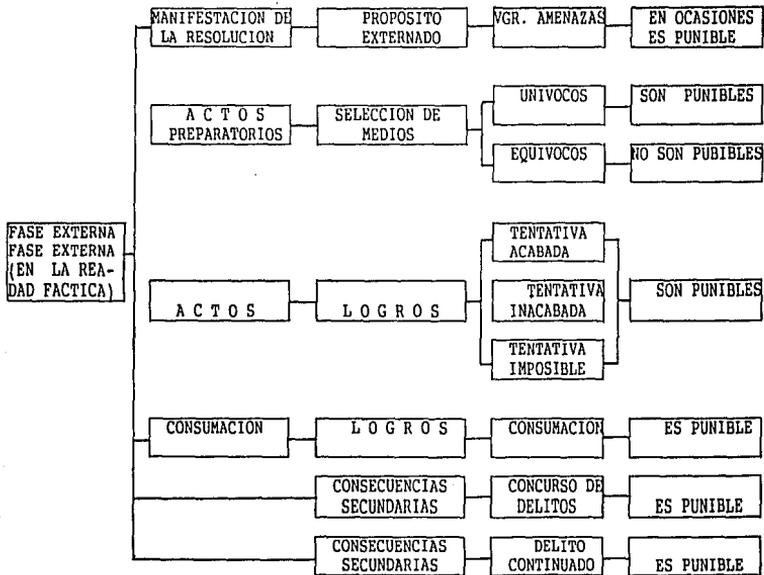
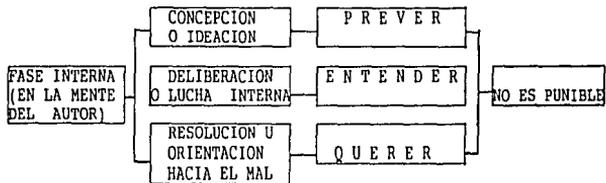


CPR. La sanción está en el artículo 63 Código Penal Federal





CUADRO SINOPTICO NUMERO : 3
EL DELITO CONTINUADO.



EL ITER CRIMINIS Y EL ELEMENTO SUBJETIVO - MATERIAL.

CUADRO SINOPTICO N.º 9

CAUSA	RECAE SOBRE	EFFECTOS
AUSENCIA DEL PRESUPUESTO	FORMAS DE MANIFESTACION	IMPIDE LA VALORACION DE LA CONDUCTA
CONDUCTA LIBRE EN SU CAUSA	QUERER O ENTENDER	IRRESPONSABILIDAD PENAL
MOVIMIENTOS INSTINTIVOS	QUERER	IRRESPONSABILIDAD PENAL
MOVIMIENTOS PSICOLOGICOS	QUERER	IRRESPONSABILIDAD PENAL
MOVIMIENTOS REFLEJOS	QUERER	IRRESPONSABILIDAD PENAL
FUERZA FISICA IRRESISTIBLE	QUERER	IRRESPONSABILIDAD PENAL
FUERZA MAYOR	QUERER	IRRESPONSABILIDAD PENAL
HIPNOTISMO	QUERER Y ENTENDER	IRRESPONSABILIDAD PENAL
SOMNAMBULISMO	QUERER Y ENTENDER	IRRESPONSABILIDAD PENAL
SUEÑO	QUERER Y ENTENDER	IRRESPONSABILIDAD PENAL
ETAPA DEL DESARROLLO MENTAL	ENTENDER	SALE DEL AMBITO DE APLICACION PERSONAL DE LA LEY PENAL, MENORES DE 14 AÑOS
TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO	ENTENDER	IRRESPONSABILIDAD PENAL
TRASTORNO MENTAL PERMANENTE	ENTENDER	RESPONSABILIDAD SOCIAL
ERROR DE TIPO ESENCIAL INVENCIBLE	ENTENDER	IRRESPONSABILIDAD PENAL
ERROR DE REGULACION ESENCIAL E INVENCIBLE	ENTENDER	IRRESPONSABILIDAD PENAL
ERROR DE PERMISION ESENCIAL E INVENCIBLE	ENTENDER	IRRESPONSABILIDAD PENAL
ERROR DE JUSTIFICACION ESENCIAL E INVENCIBLE	ENTENDER	IRRESPONSABILIDAD PENAL
ERROR ACCIDENTAL	PROPOSITO	RESPONSABILIDAD PENAL
ERROR VENCIBLE	ENTENDER	TRATAMIENTO DEL DELITO CULPOSO
CASO FORTUITO	INTENSION	IRRESPONSABILIDAD PENAL
ASUSENCIA DE RESULTADO	LOGROS	IRRESPONSABILIDAD PENAL O RESPONSABILIDAD POR TENTATIVA
IMPOSIBILIDAD DE RELACIONAR CONDUCTA Y EL RESULTADO	NEXO NATURAL	IRRESPONSABILIDAD PENAL

MANIFESTACION	PREVER	QUERER	INTENSION	RESULTADO	NEXO NATURAL	CONDUCTA
MANIFESTACION	PREVER	QUERER	INTENSION	RESULTADO	NEXO NATURAL	N HAY CONDUCTA
MANIFESTACION	PREVER	QUERER	INTENSION	RESULTADO	NEXO NATURAL	NO HAY CONDUCTA
MANIFESTACION	PREVER	QUERER	INTENSION	RESULTADO	NEXO NATURAL	NO HAY CONDUCTA
MANIFESTACION	PREVER	QUERER	INTENSION	RESULTADO	NEXO NATURAL	NO HAY CONDUCTA

CUADRO SINOPTICO NUMERO: 10
 HIPOTESIS DE AUSENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO - MATERIAL.

(G) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1. ANSBACHER y ANSBACHER R. ADHLER. Superioridad e Interés Social.
2. ANTOLISETI. Manuale di Diritto Penale.
3. ANTOLISETI. La Acción y el Resultado en el Delito.
4. ANTON ONECA. Derecho Penal. Tomo I.
5. BATAGLIONI. Diritto Penale.
6. BELING. El Rector de los Tipos de Delito.
7. BELING. Esquema de Derecho Penal.
8. BEZITIOU. Diritto Penale.
9. CAVALLO. El Derecho Penal de la Culpa (Impunidad).
10. CUELLO CALÓN. La Moderna Penología.
11. FERRER SAMA. Comentarios al Código Penal. Tomo I.
12. GOLDSCHMIDT. La Concepción Normativa de la Culpabilidad.
13. ISLAS Y RAMÍREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal.
14. JIMÉNEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo III.
15. JIMÉNEZ DE ASUA. La Ley y el Delito.
16. JIMÉNEZ HUERTA. La Conducta Humana.
17. JIMÉNEZ HUERTA. Panorama del Delito.
18. MASSARI. El Momento Ejecutivo del Delito.
19. MANZINI. Tratado de Derecho Penal. Tomo II.
20. MARQUEZ PINERO. Derecho Penal. Parte General.
21. MAURACH. Tres Conferencias.
22. MEDINA HERNANDEZ. Un Estudio Teórico y Legislativo del Delito Preterintencional.
23. MEDINA HERNANDEZ. Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia).
24. MEDINA HERNANDEZ. ¿Qué Hace la Justicia Penal por los Inimputables?
25. MEZZGER. Tratado de Derecho Penal.
26. NUREZ. Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad de James Goldschmidt.
27. PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal. Parte General.
28. PETROCELLI. La Antijuridicidad.
29. PORDE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal.
30. PORDE PETIT. Programa de la Parte General de Derecho Penal.
31. PORDE PETIT. Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal.
32. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española.
33. RECASENS SICHES. Introducción al Estudio del Derecho.
34. VON LISZT. Tratado de Derecho Penal.
35. WESSELS. Derecho Penal. Parte General.
36. WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista.

CAPITULO SEGUNDO

NULLUM CRIMEN SINE TYPICIDAD
LA TEORIA GENERAL DEL ELEMENTO REGULADOR

"El primer presupuesto del hecho punible es que la conducta del autor realice un tipo. En razón de la gravedad de la consecuencia jurídica, rigen en el Derecho Penal los principios *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*". JURGEN BALMANN

El segundo lugar entre los componentes *sine qua non* del delito, lo ocupa el ELEMENTO REGULADOR. Este es el juicio de referencia que va de la conducta al delito-tipo. Su presencia en el proceso de la valoración jurídica, nos permite afirmar el siguiente principio: No hay delito sin tipicidad.

Ya dije, que al ente penal podemos integrarlo con cuatro elementos fundamentales y en el orden lógico, estos son: ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL (o conducta), ELEMENTO REGULADOR (o tipicidad), ELEMENTO VALORATIVO (o antijuridicidad) y ELEMENTO NORMATIVO (o culpabilidad), con sus respectivas hipótesis en el aspecto negativo.

Una vez que hemos comprobado que existe una conducta con todos sus elementos constitutivos, tenemos la obligación de referirla a un tipo penal, para corroborar la presencia de la tipicidad; esto es, que procedamos a verificar que vaya apareciendo uno a uno los requisitos de la descripción legal.

Este elemento constituye básicamente un "juicio de referencia", a través del cual se compara la realidad fáctica (los hechos), con el ámbito del sistema jurídico (las normas típicas), mediante la adecuación de todos los elementos de la conducta, con la descripción legal del modelo típico.

Así, si las autoridades ministerial y judicial han probado y comprobado la existencia de una conducta típica, podrán continuar con el proceso de la valoración jurídica del delito, para demostrar que además se presentan los elementos valorativo y normativo (antijuridicidad y culpabilidad) y declarar la presencia del ente jurídico.

Este es el concepto previo que dará de nuestro elemento regulador: Existe tipicidad cuando hay una total adecuación o conformidad al postulado de explicitación de la norma jurídico-penal, que hace la descripción del delito de que se trata en cada uno de los casos concretos. (428)

Vamos a ver que a nuestra materia no debe lastarle con que se haya actualizado el verbo *actus del delito-tipo* con la conducta o con el resultado del comportamiento del sujeto sino que, además, es preciso que sean cubiertas todas las demás peticiones que en su marco legal han sido hechas.

Para que en el umbral represivo podamos decir que ha quedado integrado el elemento regulador o tipicidad, es menester que exista como presupuesto suyo una norma penal, en forma de delito-tipo; es decir, para que podamos realizar el juicio de referencia jurídica, necesitamos la presencia previa del tipo delictivo.

El delito-tipo adquiere una notable relevancia en la disciplina penal puesto que, es en su marco de explicitación conceptual, en donde han quedado reguladas la conducta y la sanción que debe serle impuesta a quien no observe dicho comportamiento. Esto afirma el principio: *Nullum crimen nulla poena sine lege scripta et stricta*. (429)

(428) KILMER se muestra reacio a aceptar la posición de BELING de agregar a la tipicidad como elemento del delito. Quien que cuando BELING dice que el delito es una acción antijurídica y culpable adecuada al *tatbestand*, *tatbestandsmässigkeit* no significa tipicidad, sino adecuación al tipo. Sin embargo, JIMENEZ DE ASUA también el vocablo como "tipicidad" y así lo excepto yo. KILMER. Derecho Penal Argentino. Tomo I, p. 133. Buenos Aires, 1951. También véase: INEPA. Sección Segunda. Capítulo Segundo. Inciso (C). Número (129). La Tipicidad.

(429) Como ya sabemos, significa: "No hay delito ni pena sin ley escrita y estricta", que es uno de los máximos apogeos de un estado de Derecho con sistema jurídico de tradición escrita. De él derivan otros postulados de singular importancia.

En las más de las ocasiones, en la descripción típica se contiene un precepto (tipo) y una sanción (punibilidad). El primero detalla la conducta, por medio de una prohibición o de una prescripción y la sanción, nos brinda el mínimo y el máximo de la punibilidad que podemos imponer.

Del mismo precepto legal se deriva un deber jurídico de obrar o de abstenerse que, aunque tiene inferencia en todos los elementos del delito, adquiere mayor relevancia en la antijuridicidad y en la culpabilidad, al referirnos a la existencia del deber ser y de la exigibilidad de un comportamiento acorde a lo jurídico-penal, respectivamente. (430)

Los deberes que derivan de las normas penales que integran el total del sistema jurídico, deben ser cumplidos por la convicción de que tenemos que hacerlo; empero, si desatendemos al comportamiento que nos marca el precepto, el Estado goza de la coactividad y de la coercitividad necesarias para imponernos una consecuencia por el desacato.

El grupo social, según manifiesta la historia de la humanidad, únicamente funciona en armonía cuando sus expresiones fundamentales del Derecho (bienes materiales o valores), están protegidos en los marcos de explicitación conceptual del ámbito de la normatividad jurídica.

Estas codificaciones le indican al individuo cómo es que debe comportarse para no lesionar injustamente esos derechos y cuál será la consecuencia a la que se hará acreedor, para que el Estado se le imponga coercitivamente, en el supuesto en que contrarie el mandato que emana de las normas.

WESSELS nos comenta: "El interés de la comunidad estatal en el mantenimiento de sus valores fundamentales y en la protección de la paz jurídica dentro de la sociedad, sólo puede tenerse en cuenta si el ordenamiento jurídico prohíbe con pena determinadas conductas socialmente perjudiciales". (431)

En la vida cotidiana del núcleo social son asumidas en forma constante conductas que lesionan, ponen en peligro, destruyen o contrvierten los valores fundamentales del individuo, de la sociedad y del Estado. Estos tipos de comportamiento deben ser prevenidos, reprimidos o anulados.

Las expresiones fundamentales del Derecho que ha querido acoger en su tutela el área jurídico-penal, fueron convertidas en bienes fundamentales y se hallan protegidos en una descripción normativa de naturaleza punitiva que, para ser completa, requiere que también esté establecida en ella una consecuencia determinada.

El total ordenamiento jurídico está compuesto por normas o preceptos; especialmente las prescripciones o las prohibiciones de conductas en la materia penal reciben el nombre de tipos delictivos o delitos-tipo, cuando describen comportamientos delictuosos y contienen una sanción en forma de pena o medida de tratamiento especializado.

El Estado, en su función de poder legislativo, es el único órgano social que está facultado para decidir cuáles son las conductas que deben ser consideradas como delitos y cuáles van a ser las consecuencias coercitivas que les serán impuestas a quienes actualicen la prohibición o la prescripción.

El Congreso de la Unión, a través de sus cámaras de Senadores y Diputados, realiza la función de legislar, cuando se dedica a regular el comportamiento humano, por medio de previsiones jurídicas estipuladas en las normas coactivas que, indubitadamente, pertenecen al mundo del deber ser.

Son las normas jurídicas, en general, las que van a decirle al individuo cómo es que debe ser la conducta que habrá de observar y adoptar, para que pueda evitar la reprobación o el reproche que le harán los miembros de la sociedad y las consecuencias que le impondrá el estado.

(430) INFRA. Sección Segunda. Capítulo Tercero. Inciso (B). Número (150). La Existencia del Deber Ser. Capítulo Cuarto Inciso (C). Número (187). La Reprobabilidad.

(431) WESSELS. Derecho Penal. Parte General, p. 2. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1980.

Con respecto a las formas de producir los parámetros de normatividad jurídica, RECASENS SICHES (432) nos dice que son las siguientes:

A) **Producción originaria.** Es aquella en que es creada la norma fundamental del orden jurídico, la cual da nacimiento a éste, sin apoyo en una norma jurídica previa.

B) **Producción derivativa.** Tiene lugar cuando se crean normas, de acuerdo con lo que está dispuesto en el orden jurídico y según los procedimientos establecidos por un orden jurídico previo.

Para la mejor comprensión de lo expuesto, acudo a los ejemplos que en su obra nos brinda el mismo RECASENS: (433)

a) Esto es lo que sucede en el establecimiento de una organización jurídica nueva en un territorio no perteneciente a algún Estado; en la fundación de una nueva organización estatal, como sucedió en el Imperio Alemán de 1870; y con la conversión de colonias en nuevos Estados; asimismo, la revolución, el golpe de estado y las conquistas triunfantes.

b) Las leyes ordinarias dictadas por el poder legislativo que está consagrado en la Constitución Política; los reglamentos decretados por las autoridades competentes para ello; las cláusulas en los negocios jurídicos; las resoluciones administrativas; las sentencias pronunciadas por los tribunales competentes, según lo previsto por las leyes, etc.

La producción de las normas penales, inclusive de los delitos-tipo, pertenecen generalmente a la segunda modalidad; dado que en el establecimiento de las figuras delictivas, sus sanciones y su regulación, el legislador debe observar los parámetros de la CPEUM, para evitar que legalmente sean conculcados los derechos individuales.

Los comportamientos que han de ser considerados como delictivos deben estar expresamente detallados en los códigos penales; asimismo, sus respectivas sanciones, dado que en nuestra disciplina no está permitido aplicar el proceso de integración por analogía, en cuestión de delitos-tipo.

El artículo 14º del CPEUM claramente expresa el principio de legalidad, que debe imperar en los juicios del orden penal, dice: "Queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, para alguna que no esté decretada por una ley expresamente aplicable al delito de que se trata".

Este postulado consigna el multicitado principio, por el cual pugnaba la Escuela Clásica del Derecho Penal, que mancha que no hay delito ni pena sin ley escrita y estrictas. En la materia de la punición, el área no incriminada sigue siendo jurídicamente lícita o, mejor aun, indiferente.

(a) LA TEORÍA TRADICIONAL.

En los postulados tradicionales de la teoría del Derecho Penal, la doctrina general del elemento regulador o tipicidad adquiere notable importancia. Tanto en el sistema causalista como en el finalismo, se acuerda que ha de brindársele a la tipicidad un lugar muy especial.

Los principios básicos que para el tratamiento de este elemento del delito se dan en una y otra corrientes, coinciden en esencia. Como podrá observarse en el transcurso de mi exposición, las diferencias que se dan entre el causalismo y el finalismo con respecto a la tipicidad, son mínimas.

Ambas posturas reconocen que, para poder hablar de la tipicidad como uno de los elementos del delito, es preciso que exista un presupuesto (un antecedente previo), el cual debe ser considerado como el tipo penal o el delito-tipo, que viene siendo el modelo de conducta a observar y cumplir.

La discrepancia entre las dos posiciones es sistemática, se da por cuanto hace a la constatación que debe tener esa norma jurídico-penal previa. La una pugna por la objetividad y la otra propugna añadir a la subjetividad entre sus elementos constitutivos aunada, desde luego, a lo objetivo.

(432) RECASENS SICHES. Introducción al Estudio del Derecho. p. 184. Editorial Porrúa, S. A. México, 1974.

(433) IDEM.

En el aspecto positivo de la tipicidad son estudiados los siguientes temas, en la teoría tradicional del delito: 1. El tipo. 2. Los elementos del tipo. 3. La clasificación del delito en orden al tipo. 4. La tipicidad. Para el aspecto negativo se deja a lo siguiente: I. La ausencia del tipo. II. La atipicidad.

El marco teórico de la tipicidad en este pensamiento tradicionalista,, podría ser esquematizado en la siguiente forma:

Es el momento en que pase a hacer el análisis en detalle de cada uno de los temas que son incluidos en el tratamiento de la tipicidad en la doctrina tradicional del delito.

(109) EL TIPO.

La concepción tradicionalista nos dice que en el segundo de los elementos del delito, como ente jurídico --la tipicidad--, requiere que previamente a su estudio se haga el análisis de un presupuesto, que lo es el delito-tipo, en el cual está detallado el comportamiento delictivos.

Así lo acuerda uno de los representantes de esta corriente: PAVON VASCONCELOS, cuando anota: "El estudio de la tipicidad, segundo de los elementos del delito, hace necesario previamente el análisis del tipo para precisar su concepto y su contenido". (434) La descripción legal debe ser primero que la adecuación.

Quando en la Sección Preliminar de este trabajo hablé de los presupuestos del delito, quedé aclarado que el tipo legal lo sería del elemento regulador o tipicidad; ya que, como anoté, este debe ser definido como la adecuación o la conformidad total a los elementos del delito-tipo. (435)

Del principio rector general del Derecho o fórmula legal *nullum crimen nulla poena sine lege* (no hay delito ni pena sin ley), podríamos desprender otra, que en esta teoría general adquiere singular importancia y que dice así: *nullum crimen sine typo* (no hay delito sin tipo).

FORTE PETIT reconoce y explica: "El tipo constituye un presupuesto general del delito, dando lugar a la fórmula: *nullum crimen sine typo*". (436) Recordemos en este momento, que las descripciones legales en materia penal o tipos, solamente pueden ser establecidas por el Estado, como tutor jurídico de la sociedad.

La misión del legislador en el aspecto de la punición, se reduce a observar detenidamente cuáles son las conductas que lesionan, por un lado, y destruyen o contravierten injustamente los valores jurídicos fundamentales del núcleo social, para regularlas en forma de prohibición o de prescripción en un delito-tipo.

JIMENEZ DE ASUA menciona: "La vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que, por dañar en alto grado la convivencia social, se sancionan con pena. El Código o las leyes los definen, los concretan para poder castigarlos. Esa descripción legal desprovista de carácter valorativo --según el creador de la teoría-, es lo que constituye la tipicidad". (437)

Como veremos más adelante, los tipos penales que están incluidos en las legislaciones pueden ser de diferentes categorías, a saber: a) Descriptivos. b) Prohibitivos. c) Prescriptivos. d) Sancionadores. (438) Esta es la clasificación que elaboré, observando las normas del Código Penal.

(434) PAVON VASCONCELOS. *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General*, p. 237. Editorial Porrúa, S. A. México, 1974.

(435) SUPRA. Sección Preliminar. Inciso (F). Número (36). *El Concepto de los Presupuestos del Delito*. Número (37). *La Clasificación de los Presupuestos del Delito*.

(436) FORTE PETIT. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. p. 423. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(437) JIMENEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*. p. 235. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(438) INFRA. Sección Segunda. Capítulo Segundo. Inciso (C). Número (125) *Las Clases de Tipos*.

La teoría tradicional del tipo solamente hace referencia a los tipos descriptivos, en los cuales es incluido el mandamiento (prescripciones y prohibiciones) y, en ocasiones, la sanción. Sobre el tipo objetivo es que eran emitidos los diferentes conceptos que enumeraré a continuación.

JIMENEZ DE ASUA escribe: "Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito". (439)

PAVON VASCONCELOS diferencia entre tipo en sentido lato y estricto. "Tipo, en sentido amplio, se considera al delito mismo, a la suma de todos sus elementos constitutivos, concepto al que hicieron referencia, como vieja acepción del término, Ernesto von HELLIG y Franz von LISERT. MEZGER alude a la palabra tipo, en sentido de la teoría general del hecho, como el «conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica»". (440)

Completa el autor: "En sentido más restringido, limitado al Derecho Penal, el tipo ha sido considerado como el conjunto de las características de todo delito, para diferenciarlo del tipo específico integrado por las notas esenciales de una figura concreta de delito". (441)

FORNÉ PETIT sostiene: "El contenido del tipo puede ser meramente objetivo, u objetivo y normativo; conjuntamente objetivo, normativo y subjetivo. De tal manera, que el concepto que se dé del tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, esa misma descripción objetiva, contiene además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos". (442)

La jurisprudencia mexicana ha establecido, siguiendo la concepción de MEZGER: "El tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena". (443)

En términos más precisos y concretos, la SCJN sentencia: "Bien sabido es que el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, de donde se sigue que una acción por el sólo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de sus presupuestos es inconcuso que el tipo penal no pueda llegar a configurarse". (444)

ZAFFARONI explica que cualquiera que sea el sistema legal vigente, el tipo es necesario y lógicamente imprescindible, para averiguar que es un delito. (445)

Según estimo, en lato sensu, el tipo es el marco legal, en el cual está plasmada la voluntad de la ley. La definición no ha de servir para aludir a todas las clases de tipos, ya sean los propios de la disciplina penal o de las demás materias jurídicas que integran el sistema.

El tipo o norma legal debe ser interpretado en su sentido teleológico, a fin de que pueda llegar a descubrirse a ciencia cierta, el propósito del marco de explicitación conceptual que detalla el comportamiento que puede ser objeto de una sanción. En ocasiones, tipo y artículo coinciden y en otras, no.

(439) JIMENEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*. p. 235. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(440) PAVON VASCONCELOS. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Parte General. p. 237. Editorial Porrúa, S. A. México, 1974.

(441) IDEM.

(442) FORNÉ PETIT. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. pp. 423/4. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(443) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo CXIX. p. 2887. Sexta Época. Segunda Parte.

(444) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Op. cit., p. 2884.

(445) ZAFFARONI. *Teoría del Delito*. p. 171. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1973.

La definición de la conducta descrita o tipo en stricto sensu (delito-tipo), quedaría como sigue: Es el marco legal dentro del cual el legislador dibuja la figura delictiva, añadiéndole o quitándole detalles objetivos, subjetivos y normativos y perfila el mínimo y el máximo de la punibilidad que debe ser impuesta.

Dentro de los postulados tradicionales de la doctrina penal hago que destaque la opinión de que el tipo penal es ya un indicio de antijuridicidad, aunque solamente en el aspecto formal, como me encargaré de explicar más adelante. (446)

(110) LOS ELEMENTOS DEL TIPO.

De acuerdo con el pensamiento tradicional de PORTE PETIT, (447) los elementos que contiene o puede contener el tipo penal, son:

1. Presupuestos de la conducta o del hecho.
2. Elemento objetivo material (verbo rector).
3. Modalidades de la conducta:
 - a) Referencias temporales.
 - b) Referencias espaciales.
 - c) Exigencias en cuanto a los medios.
 - d) Elementos del juicio cognitivo.
 - e) Elementos normativos.
 - f) Elementos subjetivos del injusto.
4. Sujeto activo.
5. Sujeto pasivo.
6. Objeto jurídico.
7. Objeto material.

En virtud de que estos elementos típicos me sirven para dar mi opinión de la construcción y de la constitución del tipo, únicamente son enunciados; su explicación pertinente será hecha en un inciso diverso. (448)

(111) LA CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL TIPO.

Básicamente, en la concepción tradicionalista del delito ha sido manejada la siguiente clasificación en orden al tipo: (449)

- A. Tipos fundamentales o básicos.
- B. Tipos especiales.
- C. Tipos independientes o autónomos.
- D. Tipos complementados, circunstanciados o subordinados.
- E. Tipos presuncionalmente complementados.
- F. Tipos de formulación libre.
- G. Tipos de formulación casuística.
- H. Tipos de formulación alternativa.
- I. Tipos de formulación acumulativa.
- J. Tipos de resultado cortado.

JIMENEZ DE ASUA (450) gusta de hacer esta clasificación de los delitos en atención al tipo:

- a) Tipos fundamentales o especiales:
 1. Tipos fundamentales cualificados.
 2. Tipos fundamentales privilegiados.
- b) Tipos independientes y subordinados:
 1. Tipos básicos.
 2. Tipos complementarios.

(446) INFRA. Sección Segunda. Capítulo Segundo. Inciso (C). Número (124) La Función del Delito-Tipo.

(447) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. pp. 431 y ss. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(448) INFRA. Sección Segunda. Capítulo Segundo. Inciso (C). Número (127) Los Elementos del Delito-Tipo.

(449) La clasificación es hecha por PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. pp. 445 y ss. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(450) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. p. 904. Editorial Losada, S. A. Buenos Aires, 1958.

- c) La clasificación atendiendo al acto:
1. Tipos de formulación libre.
 2. Tipos casuísticos.
 3. Tipos alternativos.
 4. Tipos acumulativos.
 5. Otras clasificaciones en orden al resultado.
 6. Los delitos condicionales.
 7. Los delitos de resultado cortado.

- d) Clasificación atendiendo a los elementos subjetivos del injusto:
1. Por los elementos subjetivos referentes al autor.
 2. Por los elementos subjetivos fuera del agente.

Daré mi clasificación del delito en orden al resultado, cuando analice lo que propiamente es mi teoría del elemento regulador o tipicidad; allí haré las explicaciones correspondientes. (451)

(112) LA AUSENCIA DE TIPO.

En los postulados científicos de la teoría tradicional del delito se ha pensado que la ausencia de tipo puede llegar a integrar una hipótesis autónoma del aspecto negativo de este ente jurídico; es decir, una causa diferente a la tipicidad e independiente de ella misma.

En mi consideración, esto no resulta exacto, debido a que la ausencia del tipo no es más que los supuestos que conforman el aspecto negativo de la tipicidad, originado por la no aparición del presupuesto de este elemento del delito, que es la existencia del delito-tipo.

FORTE PETIT enuncia: "La ausencia de tipo, constituye el aspecto negativo del tipo. Hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en la norma penal. Por tanto, como asienta Jiménez de Asúa, la ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea anti-jurídica". (452)

Como explicaré, en este supuesto de atipicidad se requiere que la conducta realizada no encuentre descripción legal a la cual pueda adecuarse. El tipo describe al comportamiento que es formalmente anti-jurídico y en ausencia de él, no podrá presentarse la tipicidad y mucho menos, comprobarse la anti-juridicidad.

(113) LA TIPICIDAD.

Después de que han sido analizadas el concepto y el contenido del tipo penal en la doctrina tradicional del delito, sus tratadistas se ocupan de brindarnos los diferentes conceptos de la tipicidad, que es considerada de ordinario, como el segundo de los elementos del delito.

Si en el proceso de la valoración jurídica del ilícito penal, aparece que existe una conducta completa (con todos sus componentes), el siguiente paso a seguir, será el de que las autoridades ministerial y judicial prueben y comprueben que existe una completa adecuación a alguno de los tipos penales que prevé la ley vigente.

FORTE PETIT así lo acuerda: "Una vez comprobado que existe una conducta o un hecho, debe investigarse que haya adecuación al tipo". (453) Hay que aclarar que este autor habla de la completa adecuación y otros, dicen adecuación de la conducta (elemento material) al hecho.

Principalmente, la doctrina tradicional mexicana de Derecho Penal ha incurrido en ese gravísimo error de considerar que la tipicidad es la sola adecuación de la conducta al tipo. Lo cual está mal, habida cuenta de que entienden al comportamiento como un aspecto objetivo puro.

(451) INFERA. Sección Segunda. Capítulo Segundo. Inciso (C). Número (128) La Clasificación del Delito en Orden al Tipo.

(452) FORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 465. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979. JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 263. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(453) FORTE PETIT. Op. cit. p. 469.

PAVON VASCONCELOS dice: "Por ello, entendemos por tipicidad, dado el presupuesto del tipo, que define en forma general y abstracta un comportamiento humano, la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa; <el encuadramiento o subsunción del hecho a la figura legal>, como dice el propio SOLER, de tal manera que la tipicidad presupone el hecho tipificado más adecuación típica o subsunción del hecho concreto al tipo legal". (454)

CASTELLANOS TENA estima: "La tipicidad es la adecuación de una figura concreta con la descripción legal formulada en abstracto". (455)

Esta posición no resulta del todo certera; decir que la tipicidad es la adecuación de la conducta o del hecho al tipo penal es aberrante; si a ésta se la considera nada más como a un comportamiento voluntario, presupone que quien la sostiene, no ha oído hablar ni siquiera de los elementos que forman al tipo y si no, no diría tal cosa.

Para desecharla, utilizaré los ejemplos que nos brinda la propia ley. La tipicidad, en los términos de la teoría tradicionalista, es la adecuación de la conducta al tipo, solamente cuando en la descripción legal se habla de un elemento objetivo, sin que existan requisitos subjetivos o normativos.

El ejemplo ideal para ello lo es el delito-tipo de homicidio, cuya descripción legal dice simplemente: "Comete el delito de homicidio: El que priva de la vida a otro" (art. 302 CPF). Al realizarse el hecho previsto en este tipo, ya existe la tipicidad, dado que no se requiere de otros elementos.

En cambio, si hablamos de la conducta realizada en el delito-tipo de violación (copular), el problema que se presenta es bien distinto. Todos sabemos que los mal llamados "delitos sexuales", quieren para su configuración, que sea ejecutada la misma conducta: El ayuntamiento carnal.

Muy bien, ha sido llevada a cabo una cópula; si se asegura que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo legal, aquí ya podemos decir que existe el segundo de los elementos del delito. Hay tipicidad, correcto, pero ¿de qué delito?, ¿del estupro?, ¿del incesto?, ¿de la violación?, o bien ¿una cópula lícita es delito?

Para resolver este problema tendremos que concluir que, además de la adecuación de la conducta al tipo, la tipicidad requiere de la conformidad a todos los demás elementos que en el delito-tipo se preceptúan; en ausencia de uno solo de ellos, no podrá aparecer.

Para que haya tipicidad en el delito de violación, se necesita: 1. Una cópula. 2. Con persona mayor de doce años. 3. Obtenida por medio de la violencia física o moral. En el estupro se requiere de: a. Una cópula. b. Con mujer mayor de doce años y menor de dieciocho. c. Obteniendo su consentimiento por medio del engaño.

En la tipicidad del delito de incesto, debemos probar y comprobar que exista: I. Una cópula. II. Entre ascendientes, descendientes o hermanos. III. Mayores de doce años. IV. Dos conductas homogéneas encaminadas hacia el mismo fin. En ausencia de los elementos mencionados, puede existir una cópula ilícita, aunque no un delito.

Reafirmo que la tipicidad es: El ajuste, adecuación o conformidad a todos los elementos que el legislador previó en el marco de explicitación legal, que lo es el tipo y que puede ser de naturaleza objetiva, subjetiva o normativa.

POURIE PETIT opina: "La tipicidad no debe concretarse única y exclusivamente al elemento objetivo, porque puede contener el tipo además, algún elemento normativo o subjetivo del injusto o ambos (a no ser que el tipo requiera solamente el elemento objetivo)". (456)

(454) PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. p. 261. Editorial Porrúa, S. A. México, 1964.

(455) CASTELLANOS TENA. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. p. 215. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1965.

(456) POURIE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 471. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(114) LA ATIPICIDAD.

Existirá atipicidad, para los penalistas de la doctrina tradicional, cuando falte la adecuación o conformidad a uno solo o más de los elementos que requiere el tipo de la figura delictiva que se cuestiona en cada caso en particular.

JIMENEZ DE ASUA estima que "existe ausencia de tipicidad, cuando en un hecho concreto no se dan todos los elementos del tipo descrito en la ley, o bien cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en la realidad se ha presentado con características antijurídicas. La primera es la atipicidad en sentido amplio y la segunda lo es en sentido restringido". (457)

PAVON VASCONCELOS acuerda: "Hay atipicidad, en cambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos del tipo. Atipicidad es, pues, ausencia de adecuación típica". (458)

FORTE PETIT nos dice: "El aspecto negativo de la tipicidad es la atipicidad: no hay delito sin tipicidad. Viene a constituir la atipicidad el aspecto negativo de la relación conceptual". (459)

De acuerdo con PAVON VASCONCELOS, (460) las causas de atipicidad que podrían presentarse son:

- a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo.
- b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo.
- c) Cuando hay ausencia de objeto o bien, existiendo este, no se satisfacen las exigencias de la ley, por cuanto hace a sus atributos.
- d) Cuando habiéndose dado la conducta, estén ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo.
- e) Cuando no se dan la conducta o el hecho concreto o los medios de comisión señalados por la ley.
- f) Cuando estén ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal.

JIMENEZ DE ASUA explica en términos generales la atipicidad: "Cuando un hecho de la vida diaria presenta ciertos aspectos que pueden hacerle subsumible en un tipo legal y explorado éste resulta que faltan las referencias del sujeto activo, como cuando, por ejemplo, el protagonista de un pretendido delito que exige función pública no es funcionario; del sujeto pasivo, como cuando la mujer seducida no es honesta; del objeto, como cuando la cosa hurtada no es ajena, sino propia; del lugar, del medio, de la ocasión, entonces nos hallamos ante casos específicos de atipicidad, y por ende, no se puede proceder en contra del autor de la conducta en que los elementos del tipo faltan". (461)

Como casos específicos de la tipicidad, el mismo autor estima que pueden darse los siguientes: (462)

- 1) Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto activo.
- 2) Ausencia de adecuación típica por falta de sujeto pasivo o de objeto material.
- 3) Ausencia de adecuación típica por falta de referencias temporales o espaciales.
- 4) Ausencia de adecuación típica por falta del medio previsto.

(457) JIMENEZ DE ASUA. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. p. 812. Editorial Losada, S. A. Buenos Aires, 1958.

(458) PAVON VASCONCELOS. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Parte General. p. 261. Editorial Porrúa, S. A. México, 1974.

(459) FORTE PETIT. *Apuntes de la Parte General de Derecho Penal*. p. 473. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(460) PAVON VASCONCELOS. *Op. cit.*

(461) JIMENEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*. p. 263. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(462) JIMENEZ DE ASUA. *Op. cit.* pp. 812/7.

- 5) Ausencia de adecuación típica por falta de los elementos subjetivos del injusto.
- 6) Ausencia de adecuación típica por falta de los elementos normativos.

Según MEZGER, (463) las circunstancias que hacen imposible la realización del tipo legal son:

- I) Cuando falte el sujeto que en la ley se exige.
- II) Cuando falte el objeto que en la ley se exige.
- III) Cuando falte el medio de ejecución que en la ley se exige.
- IV) Cuando falte la referencia temporal que en la ley se exige.
- V) Cuando falte cualquier otra referencia que en la ley se exige.

PORTIE PETIT resuelve así el problema: "Para señalar las atipicidades, bastará con colocarse en el aspecto negativo de cada uno de los elementos integrantes del tipo:

- 1º) Ausencia del presupuesto de la conducta o del hecho.
- 2º) Ausencia de la calidad del sujeto activo requerida por el tipo
- 3º) Ausencia de la calidad del sujeto pasivo requerida por el tipo
- 4º) Ausencia del objeto jurídico.
- 5º) Ausencia del objeto material.
 - a) De referencias temporales.
 - b) De referencias espaciales.
 - c) De referencia a otro hecho punible.
 - d) De "referencias de otra índole exigidas por el tipo.
- 6º) Ausencia de las modalidades de la conducta.
 - e) De los medios empleados (exigidos).
- 7º) Ausencia del elemento normativo, y
- 8º) Ausencia del elemento subjetivo del injusto". (464)

(115) LAS CONSIDERACIONES CRITICAS.

A reserva de las críticas que haré con respecto a las teorías causalista y finalista, referidas al contenido del segundo elemento del delito (el regulador o tipicidad) anotaré algunas cuestiones con relación a él en la teoría general del delito de corte tradicionalista:

I) Es absolutamente correcto que se hable de que el presupuesto de la tipicidad lo es el tipo penal, puesto que en su ausencia, resultaría imposible aludir a ella. Recordemos que la zona no incriminada, constituye un indiferente jurídico.

II) La tipicidad es un juicio de referencia; si no hay tipo legal al cual referir el comportamiento humano que se ha presentado en la realidad fáctica, por muy lesivo que sea, ¿cómo podría integrarse la tipicidad?

III) El tipo penal no adquiere un concepto preciso en la doctrina penal tradicional mexicana, como tampoco lo tiene en la jurisprudencia. Se hace necesario unificar su definición en pro de la ciencia jurídico-penal.

IV) No se tiene una concepción precisa de la naturaleza de los elementos que integran al tipo; por ende, no puede haberla de la tipicidad. Sobre esto ahondaré en la construcción del tipo, desde las perspectivas causalista y finalista.

V) Las causas de atipicidad son enunciadas en forma casuística; basta con decir que se presentará una por cada elemento típico que llegara a faltar.

VI) La tradicional doctrina penal mexicana confunde a los elementos del tipo, con lo que en el lenguaje procesal se denomina "cuerpo del delito".

1935. (463) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. p. 221 y ss. Madrid,

(464) PORTIE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. pp. 477/B. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(B) MI TEORÍA.

Sobre las bases de la exposición que hice de lo que en la doctrina tradicional del derecho penal se ha considerado como tipo y tipicidad y tomando parte de los postulados del causalismo y del finalismo, reconstruyo la teoría del elemento regulador o tipicidad, la cual trataré de explicar en breve.

En realidad, como podrá observarse, poco ha variado con relación a los lineamientos tradicionales que di con respecto a la teoría general de la tipicidad; más bien, estimo que solamente precisé algunos de los conceptos que me parecían confusos, en espera de que puedan ser comprendidos a plenitud.

Sostengo en mi tesis, que para que pueda existir la tipicidad o elemento regulador, como uno de los momentos esenciales del delito, es necesario que se dé como presupuesto suyo el delito-tipo, que solamente podrá ser integrado por el legislador, incluyéndole todos los requisitos que considere pertinente.

Más la tipicidad no es solamente la existencia previa de ese delito-tipo, necesita además para su configuración que haya un perfecto encuadramiento a los requisitos que están contenidos en el marco de explicitación conceptual de la norma que define a la figura delictiva de que se trata en cada caso concreto.

El comportamiento humano que en el proceso de la valoración jurídica del delito haya reunido todas las condiciones que son necesarias para su existencia, adquiere una mayor relevancia en el aspecto punitivo, cuando podemos referirle en forma plena a un determinado delito-tipo.

Hay que recordar que en la materia penal no nos está permitida la integración analógica, en tratándose de delitos-tipo y que la zona que no está imprecisada constituye un indiferente jurídico; por ello, cada una de las conductas que nos cuestionamos debe colmar un tipo propio, para que pueda ligársela a su punibilidad.

En mi teoría ha sido alterada un poco la construcción tradicional del delito-tipo, en concierto con el finalismo, así como también la clasificación del delito en orden al tipo que lo describe. Añadí además, un inciso que hace referencia a las clases de tipos penales que podemos encontrar en las legislaciones.

Principalmente la descripción legal de las conductas que pueden ser consideradas como formalmente antijurídicas, ha sido objeto de numerosos debates, tanto en la doctrina tradicional como en las corrientes modernas; esto me llevó a la necesidad de enfocar al tipo desde las perspectivas causalista y finalista.

Como podrá notarse en mi exposición, curiosamente la teoría del delito-tipo formulada por BELING, nos da la pauta para desarrollar todo lo referente a la doctrina general de la tipicidad, tanto en el causalismo como en el finalismo y en mi postura. Con ello se demuestra que los viejos principios no siempre son obsoletos.

La tesis belingniana del delito-tipo tiene su primera expresión en el año de 1907, la última y feliz publicación se da hacia 1936. Ha pasado por diferentes estadios, ha sido objeto de numerosos estudios y severas críticas y, si ha soportado todo esto, es porque está bien delineada y concuerda con la esencia de nuestra materia.

Ahora los debates son en torno a la función que cumplen los tipos; porque si bien es cierto que nos sirven para realizar el principio de que no hay delito ni pena sin ley, también lo es de que no cumplen con la finalidad de combatir a lo ilícito penal porque, a pesar de las tipificaciones, el fenómeno de la delincuencia sigue en aumento.

Analicemos ahora la influencia que tiene el pensamiento de BELING plasmado en esa teoría, en la doctrina general del segundo de los elementos del delito, al cual yo denomino elemento regulador y que puede quedar simplemente como tipicidad. El otro problema lo dejaremos para un momento posterior.

(116) LA TIPICIDAD EN EL CAUSALISMO.

Como era de suponerse, la doctrina tradicional alemana goza de la patente con respecto a la teoría general de la tipicidad o elemento regulador del delito. En el artículo 59º del Código del Imperio Alemán, ya se hacía alusión al término *tatbestand*, concebido como la descripción legal del delito. (465)

Según la lengua alemana, este vocablo (*tatbestand*), puede ser bifurcado; por una parte tenemos a: *Tat* (acto, acción o hecho) y por el otro lado a: *Bestand* (existencia). En sentido estricto significaría algo así como: "Existencia del hecho, de la acción o del acto". Ha sido traducido en diferentes formas. (466)

SOLER explica: "De manera que el *tatbestand* de un delito es aquello en lo que el delito consiste, su *quid-didat*, o dicho en lenguaje jurídico penal, el conjunto de los elementos constitutivos, para diferenciar o separar lo que en una definición son verdaderos elementos de lo que constituyen circunstancias, posibles, pero no necesarias". (467)

Este autor hace provenir el término de los vocablos alemanes: *Tat* (hecho) y *bestand* (consistir). En la lengua española *tatbestand* tiene varias acepciones, descuellan: "consistir el hecho", "tipicidad", "hecho especie", "caso penal", o "caso legal", "enquadabilidad", "cuerpo del delito" y "estado de Hecho".

SOLER se pronuncia por afirmar que *tatbestand* quiere decir: "Consistir el hecho", lo cual es impreciso. Queda mejor decir que es aquello en lo que el hecho consiste, desde el punto de vista legal, como decía el Código del Reich; esto es, su descripción objetiva en la norma.

JIMENEZ DE ASUA escribe: "Nosotros hemos traducido, desde la primera época en que dimos a conocer la teoría del tipo, como tipicidad esa característica del delito de índole descriptiva que se designa en alemán con la palabra *tatbestand*". (468)

POURÉ PETIT concluye: "Consecuentemente, la tipicidad consistirá en la adecuación o la conformidad a lo prescrito por el tipo. Al respecto, recordemos la hipótesis del homicidio, lesiones y daño en propiedad ajena (elemento objetivo); estupro (elementos objetivo y normativo); atentados al pudor (elementos objetivo y subjetivo del injusto) y abuso de confianza y robo (elementos objetivo, normativo y subjetivo del injusto)". (469)

PAVON VASCONCELOS recuerda: "ANTOLISEI considera intraducible el término y le atribuye como significado literal: estado de hecho". (470)

La doctrina italiana habla del "hecho especie", cuando ha de referirse a la traducción del *tatbestand*, términos que para mí no resultan ser de lo más certero. Desde luego, el hecho especie lo sería el tipo y éste está conformado por un número determinado de requisitos o características que deben ser cubiertos.

Los argentinos aluden al "caso legal" o al "caso penal", lo cual y también desde mi punto de vista, es muy desafortunado. Son términos que nada tienen que ver con las raíces del vocablo. Hacen referencia al proceso de valoración de un delito concreto, a un ejemplo didáctico o bien, a una de las hipótesis que se nos presentan en la práctica.

(465) Este artículo decía: "Si alguien al cometer una infracción punible no conocía la existencia de las circunstancias de hecho que pertenecían al *tatbestand* legal, o elevan la penalidad, no le deberán ser imputadas estas circunstancias". Se hablaba de un error de hecho, o lo que modernamente se conoce como "error de tipo", como causa de inculpabilidad.

(466) MEZGER. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. p. 221. Madrid. 1935.

(467) SOLER. *Derecho Penal Argentino*. Tomo I. Buenos Aires, 1951.

(468) JIMENEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito* p. 237. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(469) PORTE PETIT. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. p. 471. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(470) PAVON VASCONCELOS. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Parte General. p. 239. Editorial Porrúa, S. A. México, 1974.

Los autores chilenos tradujeron el vocablo como: "Encuadrabilidad", palabra que no encontré en el Diccionario de la Lengua Española y que además, suena muy feo. Insisto en que es más adecuado utilizar "adecuación", "conformidad" o "ajuste", para aludir al encaje en el tipo legal.

La jurisprudencia chilena, tal y como se hace en la mexicana, acepta que el *tatbestand* corresponde al cuerpo del delito; lo cual resultaría adecuado, si consideramos que el cuerpo de un delito es nada más y nada menos que la adecuación típica, no solamente la comprobación de la materialidad del delito.

Esta última acepción tampoco me resulta muy atinada, puesto que estimo que el cuerpo del delito implica la existencia de nuestro ente jurídico que, además de tipicidad, es conducta, anti-juridicidad y culpabilidad. En este sentido, el *tatbestand* sería tan sólo una parte del cuerpo del delito, su existencia legal.

Los extremos de nuestro artículo 16º del CPEUM hablan del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad; aunque, lo que ha sido estimado como *corpus delicti*, no es lo que prevé la Carta Magna, que en su parte conducente dice: "... sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal...".

Esta relación nos hace entender que lo único que se está exigiendo es que la conducta por la cual va a ser librada la orden de aprehensión, esté tipificada; es decir, que exista su descripción en la ley y que la punibilidad prevea una pena corporal (privativa de libertad corporal).

El término "encuadrabilidad", no lo desecho, aunque no sea muy de mi gusto, porque puede asemejarse con "ajuste", "conformidad", "encaje", "adecuación", "realización", "colmar el tipo"; mas falta que se diga qué necesita encuadrar a qué.

En cuanto al cuerpo del delito, baste decir que el *tatbestand* no resulta adecuado para aludir a él, por las diversas nociones que se tiene del *corpus delicti* en la doctrina. Si se lo estimara como la reunión de todos los elementos típicos (tanto como objetivos, subjetivos y normativos), entonces sí que nos sirve.

También se estima que el delito-tipo puede ser identificado con el *tatbestand* al que alude el Código del Reich, que es lo que resulta más acertado y así, *tatbestandmässigkeit* será, como opinó JIMÉNEZ DE ASUA, la adecuación al delito-tipo o simplemente, la tipicidad.

VON BELING en su teoría del delito-tipo, diferenciaba entre el *tatbestand* (expresión típica o figura rectora) y el *tatbestandmässigkeit* (adecuación típica). (471) Estos términos pueden ser identificados con el tipo y la tipicidad, respectivamente, cuando hablamos en español.

VON LISZT en su Tratado, dice que la *tatbestandmässigkeit* es igual a la tipicidad. (472) Es de concluirse, que tenemos qué diferenciar entre todos los términos que VON BELING utiliza en su teoría del delito-tipo.

JIMÉNEZ DE ASUA nos explica: "Antiguamente el tipo era el delito específico con la totalidad de sus elementos (incluidos el dolo y la culpa), es decir, lo que los antiguos escritores españoles llamaron figura del delito. Desde Belling adopta la tipicidad el sentido formal que hemos dado al definir esta característica de la infracción punible". (473)

En mi estima, de acuerdo con la traducción que de los vocablos alemanes puede hacerse a la lengua española, el *tatbestand* debe ser identificado con la descripción de una conducta en el delito-tipo (su inclusión legal objetiva) y *tatbestandmässigkeit*, viene a ser la adecuación total a esa descripción.

(471) BELING. El Rector de los Tipos de Delito. Editorial Reus. Madrid, 1936.

(472) LISZT. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Madrid, 1927.

(473) JIMÉNEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 237. Editorial Sud-americana. Buenos Aires, 1980.

En la doctrina alemana que fue difundida con anterioridad al pensamiento de VON BELING, se estimaba que el tatbestand era la figura del delito, el conjunto de la infracción, la suma de la totalidad de sus elementos, tanto objetivos como subjetivos. Aceptación que, en nuestro país, ha adquirido modernamente el "cuerpo del delito". (474)

PAVON VASCONCELOS indica: "En BELING el tatbestand no es el conjunto de las notas del delito sino la suma de los elementos objetivos descritos en el tipo, es decir, de la particular disposición legal, o sea, la suma de los elementos materiales atribuibles al agente; más claramente, la acción delictuosa con todas las notas que la caracterizan y la realización del resultado con el que está ligado. Quedan por tanto, fuera de él, todos los elementos y las notas que se refieren a la culpabilidad" (475)

En mi consideración, es posible que se diga que el tatbestand es solamente el marco de explicitación de la figura delictiva, el cual va a ser integrado por el legislador únicamente, con los elementos que considere que son necesarios para completar la protección formal al bien jurídico que está tutelado en él.

En cambio, la tatbestandmässigkeit va a ser la adecuación, conformidad o ajuste entre todos los elementos fácticos de una conducta completa (elemento subjetivo-material) y la realidad jurídica que está detallada en esa norma penal previa, que constituye un presupuesto de la tipicidad.

Así como el tatbestand es el presupuesto del elemento regulador o tipicidad, a su vez viene a ser uno de los presupuestos generales del delito, que nos sirve para realizar el principio de legalidad y la tatbestandmässigkeit, deberá entenderse como este elemento, al cual ordinariamente se lo denomina "tipicidad".

El mismo VON BELING trató de precisar los conceptos que podrían ser desprendidos de su teoría del delito-tipo (El Rector de los Tipos de Delito). FRIEDO CASIRO y AGUIRRE CARDENAS nos dicen: (476)

"La terminología es la siguiente: Se conserva el término tatbestand; DELIKTISTYPUS se traduce por tipo de delito; TATBESTANDMÄSSIGKEIT, por adecuación <a> TATBESTAND, concepto distinto de: TYPIZITÄT, que se traduce por tipicidad; TATBESTANDMAESSIG, por adecuado <a> TATBESTAND; TYPISCH, por típico; TATBESTANDLICH, por <de> TATBESTAND; TATBESTANDEBEGENHEIT, por referencia al TATBESTAND (en honor a la brevedad, pues, en rigor, debería traducirse por <en razón de, referencia>, etc.; LEITBILD se ha traducido sencillamente por rector".

Como explicaciones pertinentes anotaré a las siguientes:

- a) DELIKTISTYPUS será lo que propiamente es conocido como "tipo"; es la figura legal, el marco en donde el legislador dibuja la conducta delictiva con elementos objetivos, normativos y subjetivos.
- b) LEITBILD es la figura rectora o verbo rector, de naturaleza descriptiva o puramente objetiva (con elementos objetivos y subjetivos).
- c) UNRECHTSTYPUS es el hecho antijurídico de cualquier especie, la valoración o elemento valorativo.
- d) El tipo de culpabilidad, que no tiene traducción alemana, es la antijuridicidad con una forma de intención concreta; el dolo que es exigido en cada uno de los casos.
- e) TATBESTANDMÄSSIGKEIT es la adecuación al verbo rector y a todos los elementos típicos; la relación entre el caso concreto y el delito-tipo.

(474) Cfr. PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. p. 239. Nota de pie de página número 10. Editorial Porrúa, S. A. México, 1974.

(475) IDEM.

(476) BELING. El Rector de los Tipos de Delito p. 8. Editorial Reus. Madrid, 1936.

f) **TYPICITAT** es la acuñación de los elementos en las figuras típicas y no en definiciones genéricas. Expresa la función del legislador penal. (477)

Hablaré ahora de la teoría del delito-tipo. De acuerdo con **BEILING** (478) el **delistypus** es la conducta antijurídica y culpable, que forma la especie de un todo, constituido por el conjunto de normas penales. Son tipos de lo injusto (anti-jurídico), que serán convertidos en tipos de delitos.

Esto sucede cuando para sancionarlos, se les añade determinados requisitos, teniendo en cuenta la dirección específica de la culpabilidad (dolo y culpa). El **delistypus** se encuentra en las disposiciones que componen la parte especial de los códigos penales, con sus especies y subespecies.

La especie es el delito en sí y la subespecie, una de sus formas de integración (verbi gratia: la tentativa). Los **delistypus** son delitos independientes, con tipos muy suí generis y cada uno de ellos ya lleva expresada en su contenido a su correspondiente sanción penal.

Las subespecies del tipo de delito también son aspectos penalmente típicos, comprendidos en la esfera de lo antijurídico culpable, aunque para llegar a su comunicación penal se tiene que dar un rodeo, al pasar por alguna de las combinaciones penales fijadas y por el tipo del delito que los prevé.

Así, como por ejemplo, el homicidio es un **delistypus** principal y fijo y sus formas de aparición (v. gr. tentativa), son **delistypus** accesorios, secundarios, que no son realizados más que cuando pueden ser conectados a un tipo independiente (p. ej. el homicidio).

La conducta que no pueda ser enmarcada en alguno de los **delistypus** previstos en la ley, por el juzgador, representa lo atípico y no podrá ser perseguido, aunque sea antijurídico y culpable. La zona de lo típico es delimitada en la ley.

Para que el legislador penal pueda configurar a los **delistypus** no obedecerá a su capricho arbitrario, debe recurrir a una doble valoración: a) La selección de lo injusto culpable. b) Que sea merecedor o no de pena, según sea a la vez, injusto y culpable.

Una vez establecida la zona de lo típico, el legislador penal va a reformar una escala de valores con los **delistypus**. Los tipos son figuras normativas, tal y como lo serán a la vez, el injusto y la culpabilidad.

Cada uno de los **delistypus** posee elementos de diversa naturaleza que son remitidos a una relación conceptual, que da fundamento a la unidad del tipo de delito y sin la cual los elementos típicos perderían su sentido. Esa representación legal es llamada **tatbestand** legal del **delistypus**.

Los elementos objetivos y subjetivos del tipo del delito responden al rector o **leitbild** (verbo rector). La conducta realizada debe llenar la totalidad de los elementos típicos del **delistypus**, relacionados de distinta manera con él y la conjunción de todos ellos se obtiene de un todo homogéneo del tipo (delito).

BEILING nos dice: "Si consideramos al tipo de hurto (robo) veremos que todos sus elementos, tanto objetivos como subjetivos, responden al rector (**leitbild**) --sustracción de una cosa ajena--, pues para que haya hurto, tal sustracción de la cosa mueble ajena debe: 1o. haber sido realizada; 2o. haber sido abarcada por el dolo del autor; y vuelve a presentarse, 3o. también en el ulterior elemento típico, ánimo de apropiación, ya que este ánimo de apropiación se refiere a la cosa ajena sustraída". (479)

(477) Las explicaciones han sido complementadas sobre la base que nos da **PAVOU VASCHEKELIS**, Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte general. pp. 240-241, Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

(478) En los siguientes párrafos haré de referirme a las explicaciones que da **BEILING** en su obra **DIE LEHRE VOM TATBESTAND**. Las frases que se encuentran entre paréntesis las añadí para hacer más comprensible lo expuesto.

(479) **BEILING**, El rector de los Tipos de Delito. pp. 12-13, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1936.

"El primer resultado que se alcanza con esa representación o rector es que podamos tomar como tal tipo del delito la conjunción de un tipo de injusto y un tipo de culpabilidad". (480)

El tipo de injusto debe corresponder al tipo de culpabilidad, para que logremos obtener al delitstypus. Las partes objetivas y subjetivas deben estar regidas por el mismo rector (leitbild), que serán del dolo o de la culpa.

Puede suceder que el tipo de delito requiera de un elemento puramente objetivo, que no es preciso que corresponda a lo subjetivo (la muerte, con dolo de lesionar) o uno subjetivo, que no concuerde para nada con el subjetivo (la premeditación en el homicidio).

El rector es el tatbestand legal y cada tatbestand legal representa a su vez un tipo, que no se encuentra equiparado al delitstypus. El tatbestand no es idéntico al delitstypus, no forma parte de él; son figuras conceptuales que "sólo en calidad de reguladoras y como medio para facilitar su inteligencia, se anteponen en un sentido lógico a los tipos de delitos a los que rigen". (481)

Al descomponer al delitstypus en los elementos que lo constituyen, notamos que el primero lo es el tatbestand legal propio del tipo de que se trate en cada caso concreto.

Por ejemplo, en el homicidio, que consiste en la muerte de una persona llevada a cabo con dolo y premeditación, la muerte de la persona es el tatbestand legal, que es de naturaleza objetiva y es uno de los elementos del concepto del homicidio. BELING corrige: "El primer constituyente del tipo de delito (independiente) no es el tatbestand legal, sino la adecuación al mismo. El tatbestand no hace más que regular dicho constituyente". (482)

La simple referencia del tatbestand en los demás elementos constitutivos del ejemplo, intención de dar muerte y premeditación, no son la muerte de una persona, sino los elementos psíquicos que son orientados para que logremos configurarla.

"Se puede, pues, decir que los tipos del tatbestand son típicos con respecto a los tipos de delitos correspondientes a ellos". (483)

Todos los tatbestand legales y su conjunto de elementos son añadidos a los delitstypus como un nudo a un cordón: El tatbestand es nada más el mero rector del tipo de delito, sus elementos (incluida la realización del tatbestand) constituyen el rector desnudo.

El tatbestand legal es una categoría sin contenido, que no determina por sí mismo lo que contendrá. Los contenidos que tienen función del tatbestand no son deducidos de su concepto, hay que obtenerlos de los delitstypus independientes, a posteriori, operando sobre los mismos se obtiene el rector adecuado.

El tatbestand es obtenido del leitbild propio. Con un solo concepto de función expresa el momento de la orientación para el tipo de delito que se considera. No hay tatbestand legales en sí, todos son relativos por cuanto hace a su contenido. Cada uno es tatbestand sólo para el delitstypus regulado por él.

La muerte de una persona es el tatbestand legal del delito de homicidio y no del allanamiento de morada. Las consecuencias que pueden ser deducidas de todas las afirmaciones anteriores son las siguientes:

I. No hay alguna especie de comportamiento humano de la cual la autoridad judicial pueda decir a priori que sea un tatbestand del Derecho positivo vigente.

(480) BELING. El rector de los Tipos de Delito. p. 13, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1936.
(481) Ibidem.
(482) Idem.
(483) Idem.

II. Una determinada conducta que sea *tatbestand* de un tipo de delito puede ser relevante para otro *delistypus*, aunque en él desempeñe un papel muy diferente. Para uno lo será el rector común (*listbild*) tanto para la parte objetiva como para la subjetiva y para el otro, un momento adicional de la parte objetiva (por ejemplo, muerte y lesiones mortales).

III. Varios tipos de delito, en ocasiones, es posible que tengan el mismo *listbild* (idéntico *tatbestand* legal que difieren porque en uno se exige el dolo referido al rector y el otro pide culpa. La existencia de elementos del tipo que se acoplan a la realización de la conducta dolosa o culposa del *tatbestand* son añadidos objetivos a la realización del *tatbestand* o añadidos subjetivos al dolo o a la culpa (por ejemplo, muerte y lesiones mortales).

IV. El rector de un *delistypus* y de otro, pueden presentarse con rasgos comunes; esto es, mostrarse como la realización conceptual amplia y estricta del uno y del otro, respectivamente (verbi gratia, robo y robo con violencia).

La parte especial de un código penal es un catálogo que nos muestra los tipos de delitos. Cada uno de los *tatbestand* legales forma un catálogo semejante en donde los delitos se nos presentan esquematizados. Añadir y suprimir figuras de uno y otro catálogos es la función del legislador penal.

El jurista y la autoridad judicial deben entender y manejar a la perfección dichas figuras. Los rectores que sin ser *tatbestand* legales, pudieran llegar a serlo, serán malogrados.

El concepto del *tatbestand* legal es básico y domina en toda su extensión y profundidad a la ciencia jurídico-penal. Si llegamos al supuesto de que fuera suprimida toda la parte especial de los códigos penales, nuestra ciencia dejaría de existir, con base en el principio: *Nullo crimen nulla poena sine lege* (no hay delito ni pena sin ley).

Todas las especulaciones que en la ciencia jurídico-penal y su aplicación en la práctica procesal penal sean hechas deben estar referidas a un *delistypus* independiente y cada uno de ellos a su vez deberá estar referido a un respectivo *tatbestand* legal. Las formas de aparición del delito tienen su rector propio: tentativa es igual o comienzo de ejecución o inejecución, inducción es igual a la determinación de otro sujeto, y complicidad es igual a prestar auxilio.

A este rector están orientados todos los elementos que determinan su carácter de delito (dolo dirigido al comienzo de ejecución o inejecución). Estos retores por sí solos están vacíos y sólo adquieren significación en el mundo jurídico, cuando puedan unirse a un *tatbestand* legal.

Esas formas de aparición del delito también están dirigidas al *tatbestand* legal; los retores existentes en la forma de *tatbestand* legales tienen respecto a cada una de ellas, la función de reguladores. La diferencia con relación a los *delistypus* independientes, en que no se exige como en estos una conducta adecuada al *tatbestand* legal (su realización plena); su referencia es de otra clase, según sea la pauta del rector de cada (comienzo de ejecución, en la tentativa, por ejemplo).

Las normas penales que establecen una impunidad (excusas absolutorias) en una especie de delitos o en un grupo de ellos, a pesar de que en ellas se da el tipo de delito, quedarían sin sentido si se las llegara a desligar del correspondiente *tatbestand*.

El concepto de autor, coautor, etc. entra en el ámbito del *tatbestand*. Por ejemplo, autor del delito de homicidio solamente puede serlo quien haya dado muerte a la persona y coautor, quien lo haya hecho en concierto con otro.

La adecuación al *tatbestand* legal no nos marca todavía la existencia de la punibilidad, tampoco nos dice que sanción es la que va a aplicarse; aunque si no hemos comprobado que alguien se adecuó al *tatbestand* legal, no podrá declararse la punición a título de autor o de coautor.

Con respecto a las especulaciones que puedan elaborarse con relación a la antijuridicidad sólo son relevantes para el área de la punición si son hechas con relación a un *tatbestand* legal. Las relaciones entre la referencia al *tatbestand* y a la antijuridicidad son hasta el punto íntimas,

que para la punibilidad basta únicamente aquella antijuridicidad de que adolece la conducta en cuanto conviene al tatbestand correspondiente. El acto debe ser jurídico exactamente en aquello en que conviene con éste o con aquél tatbestand". (484)

La relación entre el tatbestand legal y la culpabilidad se da de manera semejante a cuanto acontece en la antijuridicidad. El curso de delitos también presupone una conducta que esté en referencia con el tatbestand legal. Las causas generales de exclusión de la punibilidad que están referidas a los aspectos negativos del delito y las de supresión de pena, quedarían en el aire si se prescindiera de la referencia al tatbestand legal.

"De esta suerte, pues, el tatbestand legal muéstrase como el concepto troncal jurídico-penal del cual irradian la totalidad (a excepción del concepto de acto, del cual se predicen todas las características) de los restantes conceptos jurídico-penales, en el sentido de que sin él no pueden suministrar ningún resultado concreto y definitivo. Contra estos no dice nada el que se aisle a la parte general del conjunto del Derecho Penal, pues al hacerse esto sólo se prescinde de los tatbestand en masa, pero el tatbestand no desaparece, hasta el punto de que las teorías generales, para hacerse plásticas, han de acudir siempre a tomar como ejemplo uno de los tatbestände" (485)

Voy a concluir las explicaciones referentes a la teoría del delito-tipo de VON BELING, diciendo que el tatbestand legal está relacionado con el injusto y la adecuación a ese tatbestand o tatbestandssigkheit, con la antijuridicidad (tipo implica lo injusto y tipicidad lo antijurídico).

(117) LA TIPICIDAD EN EL FINALISMO.

Como ya lo hemos expresado, los postulados sobre el segundo de los elementos del delito (elemento regulador o tipicidad) son semejantes en el causalismo y en el finalismo. Lo que es más, la raíz jurídica de la teoría de la acción finalista descansa sobre la teoría del tipo formulada por BELING.

MAURACH explica: "La segunda raíz (del concepto final de la acción) es un producto del desarrollo de la dogmática típicamente jurídico-penal y, especialmente, el desenvolvimiento necesario de la doctrina del tipo fundada por BELING (mil novecientos siete)". (486)

En otras líneas, el mismo autor nos dice: "He tratado hasta ahora la argumentación filosófico-psicológica del concepto final de la acción. No obstante, ya había mencionado el hecho de que este concepto, asimismo, se justifica por la propia dogmática jurídico-penal, es decir, por la construcción del delito en su forma abstracta; de la teoría moderna del tipo resulta la necesidad de incluir la voluntad de la acción en la acción (y de eliminar, conforme a ello, la consecuencia, el resultado y la acción)". (487)

El tipo viene a ser la descripción determinante, la estandarización o tipificación de una conducta (acción) antijurídica. Los tipos únicamente pueden ser integrados por el legislador de lo penal, con base en el principio rector general del Derecho: *Nullum crimen nulla poena sine lege scripta et stricta*.

El tipo del delito desempeña un papel principal dentro de los principios rectores generales de la ciencia jurídico-penal. Según MAURACH: "Aparta el hecho punible y efectúa una delimitación entre los distintos delitos". (488) El tipo nos marca la zona límite entre la prohibición y lo indiferente jurídico.

Piensa el mismo MAURACH que el tipo nos proporciona un indicio de la antijuridicidad, porque cuando es cumplido motiva la existencia objetiva de un injusto punible, a menos que el autor pueda acogerse al amparo o al beneficio que le proporciona la existencia de una norma justificativa.

(484) BELING, *El Rector de los Tipos de Delito*. p. 18. Editorial Reus, S.A., Madrid, 1936.

(485) *Idem*.

(486) MAURACH. *Tres Conferencias*. Universidad del Externado de Colombia. 29-30 de setiembre y 1 de octubre de 1965

(487) MAURACH. *Op. cit.*, La exposición que hago en las líneas siguientes fue con base en los sustentados por MAURACH; ha sido variada en la medida de mi entendimiento.

(488) *Idem*.

Completa este autor: "Según **BEILING**, el tipo es la descripción legal de un delito. Pero **BEILING** contempló este tipo única, y exclusivamente objetivo. En su criterio, todo suceso objetivo debía pertenecer al tipo, todo lo subjetivo se debía contar entre los elementos de la culpabilidad". (489)

Fuera del tipo objetivo quedaban el dolo, la culpa y todas las direcciones de la voluntad (intenciones, motivos, impulsos, tendencias). Se comprobó que el tipo quedaba limitado a la descripción objetiva y que así no podía dar la imagen rectora del delito e indicar al mismo tiempo, la antijuridicidad.

El ejemplo se da en el delito-tipo de robo. El rector exige el apoderamiento de una cosa ajena, aunque también pide como requisito la intención de apropiarse de la cosa con ánimo de dominio. La sola apropiación del objeto no nos da la pauta para hablar del delito de robo, porque de ello no podemos deducir si el ánimo fue de dominio o de uso.

"Por eso --nos dice el mismo **MAURACH**--, debe averiguarse la intención de la apropiación permanente (ánimo de dominio), antes de decir que existe el tipo de hurto (robo)". (490) De estas elucidaciones surge la necesidad de revisar exhaustivamente la teoría del tipo formulada por **BEILING**.

HEGLER y **MEZGER** notaron que para un gran número de delitos-tipo se exige en su descripción objetiva determinados "elementos subjetivos del injusto" o "tipicidades subjetivas", que están en relación de dependencia con la descripción, a fin de que el tipo pueda ser cumplido. La teoría objetiva de **BEILING** resultaba ineficaz.

El paso decisivo para las correcciones de la teoría de **VON BEILING** lo da el concepto final de la acción. Se dijo que sin la tipicidades subjetivas, no podría cumplirse el tipo. La voluntad de realizar el resultado descrito por el rector (dolo), los motivos, los impulsos y las tendencias podían ser parte de ese rector.

Si un dolo de dar muerte a una persona, no se pueda decir que el autor haya cumplido el tipo de homicidio. De tal suerte que el dolo tenía que pasar a formar parte constitutiva de los elementos subjetivos rectores del tipo que se está cuestionando en cada uno de los casos concretos.

MAURACH explica: "Con esto, se dió el último paso decisivo: al tipo legal pertenece todo lo que constituye el concepto de delito: la final voluntad rectora --que ahora se nos ofrece en forma de dolo-- y, además de ello, los otros elementos subjetivos requeridos por el tipo respectivo, tales como las intenciones, las tendencias, etc.". (491)

Concluye este mismo autor: "Así, el tipo se convierte en un fenómeno complejo. Está integrado por una parte subjetiva y otra objetiva: la parte subjetiva del tipo forma su componente final, la parte objetiva es su componente causal, siendo la componente causal dominada y dirigida por la componente final". (492)

La moderna estructura del tipo da origen a una nueva construcción del delito, el dolo ha salido de la esfera de la culpabilidad llegar a integrar el campo de la composición del tipo. A partir de este momento, se considera que el tipo penal sólo puede constituirse si se toma en cuenta a todo lo que sea un elemento subjetivo del rector del delito.

Los juristas que se afilian al concepto de la acción finalista dicen que esta estructura es una consecuencia natural e indispensable en su teoría. **BOCKELMANN**, **GALLAS** y **E. SCHMIDT**, sin conceder, aceptan las consecuencias que han de sobrevenir a la nueva estructura del tipo, sobre todo en las áreas de la criminología y de la criminalística.

En Alemania, el Tribunal Supremo Federal adopta en gran medida el efecto que tiene en la práctica el concepto de la acción finalista dirigido hacia el tipo. La misma pauta sigue el Proyecto de Código Penal de 1962 para la República Federal de Alemania.

(489) **MAURACH**. Tres Conferencias. Universidad del Externado de Colombia. 29-30 de septiembre y 1 de octubre de 1965.

(490) *Idem*.

(491) *Idem*.

(492) *Idem*.

El dolo será un elemento trascendente para el tipo subjetivo del delito y quedará separado siempre del ámbito de la culpabilidad. Ya no es una de las formas de la culpabilidad, como se había considerado en el causalismo (psicologismo y normativismo), sino que pertenecerá a las características subjetivas del tipo. El dolo forma parte del delito y es igual a la voluntad de acción.

MAURACH puntualiza: "Decisivo es el hecho de que las consecuencias prácticas que se extienden de las distintas esferas de la construcción del delito, cumplen con los requisitos formulados por el concepto final de la acción". (493) El dolo pertenece a la conducta y es ubicado en los elementos subjetivos del tipo de delito.

La culpa, en cambio, pese a que es una de las formas de llegar a adecuarse a lo que dispone el rector, no se halla contenida en el *tatbestand*, porque solamente el dolo está dirigido a su concreción. En la culpa, el Derecho Penal exige una determinada dirección finalista de la voluntad, para llegar al amparo de bienes jurídicos.

La tipicidad se dará en el preciso momento en que haya sido comprobada la aparición de todos y cada uno de los elementos (subjetivos y normativos) que nos marca la constitución del tipo rector del delito de que se trata en la valoración jurídica de cada uno de los casos concretos que nos presente la práctica forense.

El dolo quedará descrito en el rector y la culpa, en cambio, precisará de aquella referencia que hacía VON BLEIHING para los *delittstypus* accesorios. Lo mismo sucederá con todas las demás figuras penales que no realicen en forma plena las disposiciones del rector del delito cuestionado.

(118) LAS CONSIDERACIONES CRITICAS

Las críticas correspondientes las haré englobando las prescripciones del causalismo y del finalismo, con respecto al tipo y a la tipicidad:

I. El vocablo alemán *tatbestand* debe ser utilizado únicamente, como su traducción al español lo indica, para hacer referencia a una conducta tipificada en una norma penal, sin entrar al período de las valoraciones. Si se le quiere dar un sentido más amplio, hay que equipararlo con la norma penal tipo que describa delitos.

II. El *tatbestand*, según entiendo, no puede ser "estado de hecho", "consistir el hecho", "tipicidad", "hecho de especie", "caso penal" y mucho menos "cuerpo del delito", por las razones que ya quedaron expuestas.

III. El artículo 59 del Código del Imperio Alemán, me hace suponer, por su redacción: "Circunstancias de hecho que pertenecían al *tatbestand*", que dicho *tatbestand* es la descripción legal del comportamiento regulado y que además de una parte objetiva, podía tener otra de naturaleza diversa, digamos subjetiva.

IV. El *tatbestand* no puede ser idéntico a la tipicidad, entendida como la adecuación o conformidad con el tipo legal, puesto que el uno es solamente la descripción legal desprovista de valoración y la otra, el ajuste a esa expresión, una vez que está siendo realizada la valoración jurídica.

V. Solamente puede ser igual el *tatbestand* a la tipicidad, si a ésta se la considera con un aspecto formal y otro material. El formal lo sería la descripción de la conducta y el material, la adecuación o conformidad a esa descripción.

VI. El *tatbestand* es el delito específico descrito en el marco legal con todos sus elementos: Los que corresponden propiamente a la objetividad del delito y los restantes que se le quieran añadir (elementos subjetivos).

VII. Si el *tatbestand* legal se dejara circunscrito a los elementos objetivos del delito, quedarían fuera de él todos aquellos momentos subjetivos que di en la estructura de la conducta, y dejaría de cumplir su función reguladora.

VIII. El *tatbestand* legal a más de ser considerado como el presupuesto de la tipicidad, deberá serlo de todos los elementos que quieran comprenderse en la estructura del delito. Por lo tanto, el *tatbestand* legal debe contener la mención específica de los cuatro elementos del delito, aparte de los especiales o por lo menos, permitir la clara inferencia de los primeros. El *tatbestand* legal implica un tipo de conducta, un tipo de antijuridicidad y un tipo de culpabilidad específicas.

IX. De acuerdo con la concepción de *BEILING*, el *tatbestand* legal únicamente funcionaría para la parte especial del Código Penal y saldría de la esfera de los jurídico-penal, porque pasaría a ser un instituto del aspecto procesal penal. El área jurídico-penal quedarían integradas solamente por el estudio de los elementos del tipo.

X. En relación al desglose que hace *BEILING* en la exposición de su teoría del tipo de 1936, la cual he analizado, el *tatbestand* queda reducido al proceso de la valoración del delito, tema propio de lo procesal penal y a lo más, en la doctrina penal nos serviría para estudiar a los *delittypus*.

XI. No puede decirse que el tipo sea la tipificación de la conducta antijurídica, puesto que va a expresarse que la conducta no está justificada hasta que se realice el proceso de la valoración y no puede incluirse la estandarización de una conducta que no ha sido valorada. Esto podrá ser solamente si tomamos en cuenta que la antijuridicidad tiene un aspecto formal y otro material y que la descripción típica alude a la formal.

XII. Es correcto decir que el tipo debe contener entre los elementos constitutivos a la intención o intensidad de la conducta (dolo o culpa). No solamente expresa el dolo, sino también a la culpa, puesto que el deber ser que emana de la norma, nos permite inferir que puede ser realizado de las dos formas. Considerar solamente a la intención directa (dolo) nos lleva a un esfuerzo vano: Se dice que sin el dolo de dar muerte a una persona el delito de homicidio no puede existir y así es realizado en forma culposa?

(119) LA NUEVA ESTRUCTURA DEL TIPO

La norma penal que está dedicada exclusivamente a anunciar el comportamiento que va a ser considerado como delito, recibe el nombre de "tipo de delito", "delito-tipo", "tatbestand" o *delittypus*, tal y como lo había llamado *BEILING*. En él se hace una descripción objetiva (con elementos subjetivos, normativos y objetivos).

El delito-tipo forma parte del conjunto de las normas jurídico-penales que integran un catálogo propio, o bien se contiene en normas penales especiales. Integra a las normas prohibitivas o prescriptivas de comportamiento humano.

El tipo de delito va a ser la conducta humana asocial que ha sido considerada como delictuosa en el proceso de valoración objetiva y subjetiva de los comportamientos que atentan contra los bienes jurídicos por el legislador. Contrariamente a lo que asentó *BEILING* no son tipos de los "injusto", sino de ilícito.

Los delitos-tipo están contenidos en la parte especial de los Códigos Penales o en las normas penales especiales, en una prohibición o en una prescripción (mandato). Representan las especies de conducta reguladas por el orden legal de las cuales, como pensó *BEILING*, se desprenden las subespecies, al referirnos a la tentativa, por ejemplo.

Solo el comportamiento humano que pueda enmarcarse totalmente en uno de los delitos-tipo previstos en las leyes penales pueda llegar a ser de claro típico. La conducta que no logre referirse a ellos, representará lo atípico o lo indiferente jurídico y ni siquiera por similitud podría ser tenido como típico.

Como ya dije, es el legislador penal quien está encargado del delinear los delitos-tipo, con los requisitos objetivos, subjetivos y normativos que considere pertinentes para proteger al bien jurídico.

Al hacerlo seleccionará las conductas que en potencia son formalmente antijurídicas y que merezcan ser sancionadas penalmente.

Una vez que el órgano legislativo ha establecido los parámetros de las conductas que atentan en contra de bienes jurídicos fundamentales, va a enmarcarlas en los tipos atendiendo a los valores que con ellos se intenta proteger, agrupándolas por familias de bienes jurídicos en tutela.

Los delitos-tipo representan un concepto, que únicamente puede acoger a las conductas que establezcan esa relación conceptual con ellos. El comportamiento que ha adquirido objetividad jurídica tiene que reunir todos los requisitos que representan el concepto del delito, para que puedan ser llamado típico.

El proceso de la valoración jurídica del delito va a ser realizado por las autoridades ministerial y judicial, atendiendo a que pueda nacer esa relación conceptual previamente establecida. En él ha de probarse y comprobarse que la conducta actualice la concepción de delito que está prevista en el tipo legal.

Aquí sí que deberá verificarse que el comportamiento humano colme el delito-tipo, con un tipo de conducta específica, un tipo de anti-juridicidad determinado y un tipo de culpabilidad idéntico. Cada manifestación de coluntad debe llenar las peticiones típicas de un solo tipo de delito.

Lo primero que importa en el proceso de la valoración jurídica es que la conducta se ajuste al verbo rector del delito-tipo, para que la autoridad ministerial o judicial pueda referir todos los demás elementos del delito a las peticiones de la norma penal que indica un delito determinado.

Como ya he dicho, el proceso de la valoración jurídica ministerial o judicial gira en torno a la actualización de un solo verbo rector, es decir alrededor de una conducta típica, sin que ésto implique que si hay varias violaciones a diversas normas, puedan ser dos o más tipos los que deban integrarse.

Para decir que existe la tipicidad de un determinado delito, es menester que previamente se haya verificado la presencia de un comportamiento de relevancia penal, con los elementos constitutivos del primer momento del delito, que es el elemento subjetivo-material o conducta y del que hablé en el capítulo anterior.

El siguiente paso que ha de darse es si esa conducta puede referirse a un delito-tipo y posteriormente, se debe verificar que con todos sus elementos sea actualizada la relación conceptual que representa un delito-tipo determinado. La tipicidad de una conducta, solamente se da cuando hay un tipo y una exacta adecuación a él.

El elemento subjetivo-material a más de actualizar el verbo rector de un delito-tipo debe ajustarse a sus demás elementos típicos, que son de índole objetiva, subjetiva o normativa, y que deben estar contenidos en el marco de explicitación de la figura típica que se está cuestionando.

El tipo de delito funciona como el presupuesto del elemento regulador o tipicidad, en el entendido de que si la conducta no puede referirse a una figura legal, representa la zona de lo atípico o del indiferente jurídico. La tipicidad necesita del tipo y el tipo precisa de la tipicidad.

La tipicidad ha de ser comprendida como la adecuación a todos los elementos con los cuales puede colmarse el tipo legal. Esto es, que la tipicidad nacerá cuando se ha llenado la concepción típica con un tipo de conducta, un tipo de relación conceptual, un tipo de anti-juridicidad y un tipo de culpabilidad determinados.

Es correcto, como decía BELING, que no pueda hablarse de un tipo de delito de robo, un tipo de conducta, los hechos, una tipicidad de in-certo, un tipo de anti-juridicidad de homicidio y un tipo de culpabilidad de violación. Por ello es difícil separar en forma tajante a los elementos del delito.

De tal suerte que si no han sido reunidos todos los requisitos que menciona el tipo de un delito específico, no podrá establecerse la punición aplicable. La sanción, como consecuencia de un tipo de delito, solamente tendrá la existencia una vez que se ha dado en forma total la relación conceptual establecida en un tipo determinado.

El delito-tipo está relacionado con la ilicitud y la realización del delito con la antijuridicidad y la culpabilidad; por lo tanto, el tipo objetivo representa lo ilícito y la realización objetiva de ese tipo de delito, representará lo injusto, que puede ser antijurídico y culpable.

(120) EL ELEMENTO REGULADOR

Todos los actos que son realizados por los integrantes de la sociedad están regulados por las técnicas de control específico del comportamiento humano, que son distribuidas en catálogos de diferente naturaleza: Social, moral, religiosa y jurídica, que indubitadamente pertenecen al mundo del deber ser.

Esas normas de la conducta humana social son el producto de la cultura de los pueblos que las adoptan y propagan su cumplimiento y surgen una evolución que está apartada a la de la humanidad. Por ser producto de la razón del hombre, éste puede hacerles todas las modificaciones que considere pertinentes.

Su finalidad principal es la de regular el comportamiento humano en el núcleo social, para preservar su *statu social*, determinándole previamente cuáles son las conductas que debe abstenerse de realizar, para evitar el reproche y el consiguiente castigo o sanción, y seguir habilitado para relacionarse con el grupo.

De entre los conjuntos de normas del deber ser, sobresalen los catálogos de la normatividad jurídica. Cada paso decisivo que dé el individuo dentro de la sociedad no deja de ser un suceso relacionado con lo jurídico: Su nacimiento, su nombre, sus relaciones económicas, políticas y sociales y hasta su muerte.

Es entonces, la mayor preocupación del ser humano ajustar su conducta a lo que ordenan los parámetros jurídicos que están establecidos en cada una de las legislaciones, a fin de evitar el reproche de su comportamiento y las consecuencias establecidas en esas normas para las actuaciones que resulten desaprobadas.

En este inciso me interesa tratar lo relativo a las normas jurídico-penales, cuya misión "consiste en proteger los valores fundamentales de la vida en común dentro del orden social y en garantizar la salvaguardia de la paz jurídica". Como ornamento de protección y paz, el dicho penal sirve a la protección de bienes jurídicos y a la salvaguardia de la paz jurídica", dice WESSELS. (494)

Los valores primordiales del individuo, de la sociedad y del Estado se encuentran su protección adecuada en el marco jurídico-penal, el cual por medio de preceptos y sanciones va a marcar los requisitos para la aplicación del *ius puniendi* a las conductas que en el proceso de la valoración jurídica sean reprochables.

Lo jurídico-penal se nos presenta a manera de prohibiciones y prescripciones, en un conjunto de normas jurídicas que solamente pueden ser integradas y aplicadas por el Estado, como mentor jurídico de la sociedad. Sólo el órgano social goza de la coactividad y coercitividad legales.

Las normas del ámbito jurídico-penal son elaboradas por el legislador en un proceso de creación derivativa y propagan el respeto al principio rector general del derecho que dice: *Nullum crimen nulla poena sine lege scripta et stricta*, sin que una conducta pueda ser sancionada si no está prevista en una ley escrita y estricta.

En sentido amplio, todas las normas de cualesquiera de las materias jurídicas reciben el nombre de tipos, representan la estandarización de una conducta o hechos jurídicos; tenemos tipos constitucionales, civiles, penales, etc. Estrictamente, vamos a llamar delitos tipo a las que pertenecen al área penal y describen conductas.

El delito-tipo se encuentra en las normas penales o en las leyes penales especiales, que se dediquen a establecer ciertas formas de conducta que serán consideradas como formalmente delictuosas y sus sanciones respectivas, para que les sean aplicadas a los transgresores de sus postulados.

Quando el legislador ha de avocarse a la tarea de elaborar los delitos-tipo, echará mano de la antijuridicidad material en potencia, es decir que atenderá a cuáles son las conductas que lesionan, ponen en peligro, destruyen o controvierten los derechos fundamentales del individuo, de la sociedad y del Estado.

La conducta que no está regulada en los catálogos de la normatividad jurídico-penal representa lo atípico y da lugar a un indiferente jurídico y no podrá motivar el interés en el área penal, dado que en nuestra materia está prohibido aplicar un proceso-analógico en la integración de tipos y punibilidades.

Esto no sucede en el ámbito jurídico-civil, por ejemplo, donde en materia de contratos importa más la voluntad de las partes, que está por encima de lo legislado, y se les permite a los contratantes el crear nuevas figuras de contratos, que están por encima de lo típico, de lo que menciona la ley.

Por medio de un minucioso proceso de valoración objetiva, el legislador penal atenderá a las conductas que atacan injustamente a los valores fundamentales, para plasmarlas en forma de prohibiciones o prescripciones, en delitos-tipo y marcar una sanción determinada, que deberá imponérsele a quien actualice sus postulados.

Esto es uno de los requisitos previos o presupuestos del delito y le corresponde a la tipicidad o elemento regulador: El hecho de que el comportamiento humano se encuentre tipificado en una figura o modelo legal, que recibe el nombre de delito-tipo y está compuesta por un precepto (tipo) y una sanción (punibilidad).

La parte especial de los Códigos Penales está formada por un catálogo de delitos-tipos, que se dedican a regular la conducta social, a través de la amenaza (coactividad) e imposición (coercitividad) del ius punendi (derecho de penar). De esta idea, ha nacido el nombre del segundo elemento del delito: Elemento regulador o tipicidad.

Dichos delitos-tipo a su vez, son un catálogo de requisitos objetivos, subjetivos y normativos, con diferentes combinaciones, y describen la figura legal de la conducta de que se trate la regulación. Son la estandarización de los comportamientos prohibidos o prescritos por el legislador penal.

De este estos requisitos típicos sobresale el "verbo regulador", el cual es la mera descripción objetiva del comportamiento a seguir o a evitar, mediante su prohibición o su prescripción, que al mismo tiempo contiene el deber ser jurídico-penal de obrar o de abstenerse y que es impuesto erga omnes.

Quando el mundo de la realidad de hechos nos demuestra que el comportamiento del hombre ha actualizado el "verbo regulador" del delito-tipo que se cuestiona, la situación motiva el interés de la autoridad ministerial o judicial, para adecuarlo o enmarcarlo en un tipo determinado, probando o comprobando la presencia de la tipicidad.

(121) LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA TIPICIDAD.

En este inciso voy a dedicarme a esquematizar los tópicos que incluyo dentro del marco de estudio de la teoría general del elemento regulador o tipicidad, que nos llevará a la posibilidad de completar el análisis de este segundo elemento del delito como ente jurídico penal en la didáctica y en la práctica.

Con base en todo esto, desglosaré el contenido del esquema siguiente:

EL ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO REGULADOR O TIPICIDAD

1. El presupuesto: La existencia del delito-tipo. Las clases de tipos: Descriptivos, prescriptivos, prohibitivos, justificativos, negativos y sancionadores.
2. El elemento: La tipicidad: Adecuación total a: Elementos del tipo: Los presupuestos del delito particulares. El verbo regulador. Las modalidades de la conducta. El sujeto activo. El sujeto pasivo. El objeto material. El bien jurídico. La intensión particular, o específica.
3. La clasificación del delito atendiendo al tipo.
4. La tipicidad y los problemas que presenta.
5. La importancia de la tipicidad.
6. Los temas auxiliares sobre el tipo y la tipicidad.

EL ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO REGULADOR O TIPICIDAD

1. La excepción: La transgresión al deber jurídico penal que es valorada en la antijuridicidad e influye en la culpabilidad.
2. Los supuestos: a) Ausencia del delito-tipo.
b) La no adecuación a:
Los presupuestos del delito particulares.
El verbo regulador.
Las modalidades de la conducta.
El sujeto activo.
El sujeto pasivo.
El objeto material.
El bien jurídico.
El elemento subjetivo particular o específico.

(C) EL ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO REGULADOR

En este momento voy a entrar a elaborar el análisis detallado del elemento regulador del delito o tipicidad, que es el segundo momento en el orden lógico que prevalece entre los componentes del ente jurídico, aludiendo a la forma en que ha de concretarse en el proceso de la valoración jurídica.

En el aspecto positivo del elemento regulador tienen que ser estudiados todos los requisitos que deben reunirse para que podamos estar en presencia de una conducta típica que siga motivando el interés penal. Hablaré del delito-tipo y de sus componentes, como presupuestos de la tipicidad.

Después de que se ha verificado la existencia de una conducta humana e intensional y un resultado que pueden ser constitutivos de delito, debe procederse a comprobar que además ese comportamiento pueda ser típico. Es preciso que se haya actualizado el verbo regulador con la actuación del sujeto.

También es necesario que esa actualización se dé en concierto con todos los demás elementos objetivos, subjetivos y normativos que en la descripción se encuentran incluidos y que hacen referencia a las modalidades de la conducta, a las cualidades de los sujetos, a un ánimo especial, etc.

La concepción dogmática del elemento regulador o tipicidad en el aspecto positivo del delito, es obtenida en la doctrina tradicional cuando existe una exacta adecuación o conformidad con todos y cada uno de los requisitos que exige la descripción objetiva de una figura delictiva específica.

Cuando la conducta humana voluntaria e intencional encuentra un perfecto ajuste con el marco de explicitación conceptual del delito-tipo y con todos los requisitos establecidos, hay lugar para que reafirmemos los principios rectores generales del derecho: *Nullum crimen sine typo* y *nullum crimen sine tipicidad*.

El delito-tipo es una descripción conceptual, la que solamente puede actualizarse cuando se cumplen todos los demás requisitos por medio de una relación conceptual entre la conducta y el tipo. Es importante esta situación, porque la tipicidad precisa que sea realizado un tipo de delito específico.

La valoración jurídica de nuestro ente jurídico se lleva a cabo en el momento de verificar que existe esa relación de concepto a concepto entre un determinado tipo de delito, con un tipo de conducta, de antijuridicidad y de culpabilidad idóneos. La descripción legal lleva implícitos a todos los elementos del delito.

En ausencia de tan siquiera uno de los elementos o peticiones que existen en la descripción conceptual, las autoridades ministerial y judicial tienen que negar la tipicidad y con ella al delito. Con la inexistencia del elemento regulador del delito en ente jurídico dejará de existir en el ámbito de la punición.

Va resultarían ocioso ponerse a probar o a comprobar que existen la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta que no logró adecuarse al modelo típico. Si no hay tipicidad o elemento regulando la valoración del delito habrá terminado y será declarada su inexistencia en el mundo jurídico.

Por muy ilícita o lesiva que pueda parecernos una conducta desplegada con cierta intensidad y que actualizó además el verbo regulador del delito-tipo, si no podemos reunir los demás elementos que exige la descripción del modelo legal, nada podemos hacer por la persona ofendida y tendrá que darse con la ofensa inferida.

Si la zona no incriminada representa un indiferente jurídico-penal, la conducta que se ha presentado como atípica en el proceso de la valoración del delito, adquirirá la misma característica y la pretensión punitiva estatal debe cesar en todos sus efectos, dada la prohibición de analogía para integrar a los tipos.

(122) LA NECESIDAD DE QUE EXISTA EL DELITO-TIPO

El área jurídico-penal legal es una realidad normativa reguladora del comportamiento humano en sociedad, que está desplegada en forma de mandatos normativos prohibitivos, prescriptivos, justificativos, negativos y sancionadores, los cuales son regulados en la parte general de los ordenamientos penales.

En sus preceptos han sido establecidas las conductas que son consideradas como delitos y las consecuencias o sanciones penales que les deben ser impuestas a sus autores y, como caso especial, los requisitos que deben reunir en determinadas situaciones para que la conducta sea justificada o negada en el área punitiva.

Para que logremos decir que existe el elemento regulador o tipicidad es necesario que se dé como presupuesto general suyo un delito-tipo específico en forma de prohibición o prescripción, del cual se derivará un deber ser jurídico-penal de obrar o de abstenerse, según el caso.

El tipo penal es una descripción hipotética que detalla la conducta, matizada con elementos de índole diversa, en ausencia de él no nos es posible establecer la relación conceptual que debe existir entre todos los elementos de la conducta realizada y todos los requisitos de la norma prevista en los catálogos normativos.

El total del ordenamiento jurídico-penal se encuentra compuesto por normas de distinta naturaleza, que son las que brindan la pauta para actualizar los postulados de las teorías generales de la conducta, de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad, además de la punibilidad como consecuencia del delito.

Las conductas que no estén reguladas en la parte especial de los códigos penales o en las normas penales especiales delimitan la zona de lo típico y producen un indiferente jurídico, que para nada nos interesará valorarlo como un comportamiento formalmente antijurídico que infiere una ofensa a los valores tutelados.

Por muy antijurídica y culpable que nos pudiera parecer una conducta, si no la ordenamos regulada en los preceptos de la normatividad jurídico-penal, no debe motivar el interés para iniciar la valoración jurídica. Esto es debido a que solamente puedan ser consideradas como delictuosas las conductas tipificadas.

Una hipótesis diversa se presenta en la tarea del legislador, dado que si considerara que con una conducta se afectan los valores jurídicos del individuo de la sociedad o del Estado, de carácter fundamental, podrá incluirla en el catálogo de delitos. El presupuesto de la tipicidad lo es el delito-tipo, norma a la cual referiremos la conducta que vamos a valorar.

(123) EL CONCEPTO DEL DELITO-TIPO

El delito-tipo es la norma completa, cuyos componentes son: a) El tipo. b) La punibilidad. Elementos de toda norma jurídica, que son identificados con el precepto y la sanción. El uno detalla la conducta prohibida o prescrita y la otra, la sanción que deberá individualizarse a quien realice un delito. Hablamos del tipo.

El término "tipo", deriva del vocablo latino *typus*, que en la lengua española significa: "modelo", "ejemplar", "símbolo representativo de una cosa", o bien "clase", "arido" o "naturaleza" de esa cosa. (495). En su acepción general, hemos de considerar que todas las normas de conducta son tipos.

Por tipo deberá entenderse a las figuras de la ley, en las cuales el legislador ha plasmado la voluntad general de regular el comportamiento de los hombres en la sociedad civil. Las normas jurídicas son los modelos a los que el individuo debe ajustar su conducta, para evitar que contrarie el deber ser jurídico que emana de ellas.

El desajuste a la norma del derecho positivo vigente recibe el nombre de antijuridicidad o contrariedad a los jurídicos. Tanto el término "tipo" como el vocablo "antijuridicidad" pueden ser utilizados válidamente en todas las áreas jurídicas, ya que no son exclusivos de la materia penal.

En la materia jurídico-penal el tipo es la descripción objetiva del delito y está compuesto con un determinado número de requisitos que tiene que ser cubiertos con los elementos que la conducta ha presentado en la realidad fáctica, relacionados con calidades de los sujetos activo o pasivo y con las modalidades del comportamiento.

La nueva estructura del tipo nos habla además, de elementos subjetivos generales, expresados ordinariamente en forma de dolo y particulares, como una intención especial del autor o finalidad, en el momento de efectuar su comportamiento (dolo específico). También se atiende al bien jurídico o al objeto material.

En el ámbito de la punición se presenta una situación muy particular: El tipo contendrá un número menor de requisitos, cuando mayor sea la protección que quiere brindar al bien jurídico y a la inversa, si la tutela es menor, las peticiones del tipo se amplían. Por ejemplo, el tipo de homicidio del estupro.

Cuando el individuo adecua las características de su comportamiento a todo lo que está previsto en el tipo, se hará acreedor a la sanción específica que está detallada en la punibilidad, para que lo sea impuesto al transgresor de sus postulados. Esas son las dos partes en las que en primera instancia podemos dividir al delito-tipo.

Recibe el nombre de tipo el marco legal en el cual el legislador ha dibujado el concepto de la figura delictiva, con elementos de diversa índole, que pueden ser objetivos, normativos y subjetivos, con las distintas combinaciones que con ellos puedan hacerse y aquí queda plasmado en principio de la legalidad del delito y de la pena.

El tipo contiene también los rectores para la valoración jurídica de la tipicidad, el principales el verbo regulador que enuncia el comportamiento prohibido o prescrito y a él deberán hacer referencia todos los demás elementos típicos, para completar a una figura determinada de delito.

Generalmente el delito-tipo sólo hace alusión a la modalidad del delito doloso cometido por persona capaz de comprender la ilicitud de su conducta y todas las demás formas que pueda adquirir el ente jurídico, deberán obtenerse al hacer la referencia del comportamiento al rector, como afirmaba **HELDING**.

El tipo describe los comportamientos que son considerados como ilícitos o formalmente antijurídicos, no es un tipo de lo injusto, sino un tipo de licitud y en el momento en que queda probada y comprobada la tipicidad, debemos verificar que ese comportamiento sea además, materialmente antijurídico, para continuar con la valoración.

MEZGER apunta: "El tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente en la ley por sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal". (496)

Para **PORTE PETIT** el tipo es la conducta o el hecho descritos por la norma, o en ocasiones una descripción objetiva que contiene además elementos subjetivos, normativos o ambos. (497)

ANTOLISEI considera que el tipo no es tan sólo el conjunto de elementos materiales indicados en la norma, sino también el complejo de notas sean objetivas o subjetivas, que deben concurrir para la existencia de un delito dado y que pueden desprenderse también de la parte general del Código. (498)

REVES se expresa así: "Podemos definir al tipo legal como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible". (499)

Este autor aclara: "La abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento, la connotación descriptiva puntualiza el carácter preferencialmente objetivo del tipo, y dicese preferencialmente, porque algunas veces aparecen en él referencias subjetivas y normativas; la reprochabilidad pretende mostrar cómo el legislador ordinariamente describe conductas que merecen el rechazo social y son por lo mismo, dignas de reproche; finalmente se menciona que la conducta es punible para destacar su aspecto coercitivo".

PAVON VASCONCELOS expone: "Para nosotros el tipo legal, dándole una connotación propia jurídico penal, es la descripción 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". (500)

(495) **MEZGER**. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. p. 366. Madrid, 1946.

(496) **PORTE PETIT**. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. pp. 423/4. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(497) **ANTOLISEI**. Manuale di Diritto Penale. Parte General. Milán, 1947.

(498) **REVES**. Derecho Penal. Parte General. p. 134. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(499) *Idem*.

(500) **PAVON VASCONCELOS**. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. p. 243. Editorial Porrúa, S. A. México, 1974.

En mi concepción, el delito-tipo es la abstracción del concepto de una figura delictiva, integrada principalmente por elementos objetivos que, además puede contener otros requisitos de carácter normativo o subjetivo, cuya parte principal lo es el verbo regulador, al cual deben estar referidos todos los demás componentes.

El tipo solamente puede concretarse con una forma específica de conducta, de tipicidad, de antijuridicidad y de culpabilidad. Es decir, que cada tipo delictivo debe contener la mención tácita de los elementos generales del delito, más la expresa de los propios elementos que lo integran.

Los delitos-tipo únicamente deben estar contenidos en la parte especial de los códigos penales y en las normas penales especiales en forma de prohibiciones o prescripciones y son regulados en lo general, por los tipos descriptivos que están contenidos en la parte general del ordenamiento penal.

(124) LA FUNCION DEL DELITO-TIPO.

Sobre el tema de cuál es la función que desarrolla el tipo en la teoría del delito, han sido emitidas en las doctrinas tradicionales italiana y alemana diversas opiniones, las cuales en su mayoría poseen un valor huerístico, a virtud de que confunden los conceptos de tipo y de tipicidad.

He sacado de todas ellas las que concretamente están referidas a la misión del delito-tipo y las que pueden estar relacionadas con la tarea de la tipicidad, las cuales serán analizadas en un inciso posterior. Importa resaltar que se trata del delito-tipo (tipo y punibilidad) y no solamente del tipo, que están sólo una parte.

(a) LA FUNCION INDEPENDIENTE.

A partir de VON BELLING, algunos doctrinarios consideran que el tipo penal es de naturaleza puramente descriptiva y que se encuentra muy alejado de la antijuridicidad y de la culpabilidad. El tipo penal es independiente de los restantes elementos del delito, únicamente está relacionado con la tipicidad.

Las valoraciones que buscan la contrariedad a la norma (antijuridicidad) y la reprochabilidad de la conducta (culpabilidad), nada tienen que ver con la mera descripción típica. El tipo tiene valor y puede prescindir del proceso de la valoración de la conducta antijurídica y culpable.

El tipo penal tiene como única función la de describir las conductas que serán consideradas como delictivas, y es hasta el proceso de la valoración jurídica sustancial y judicial que estará vinculado a las restantes características de una infracción penal de carácter punible.

(b) LA FUNCION INDICIARIA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Manteniendo su independencia con la antijuridicidad y la culpabilidad, M. E. MAYER sostiene que el tipo penal tiene como finalidad proporcionarnos un indicio de la antijuridicidad, lo cual nos lleva a suponer que toda conducta que se encuentre descrita en un catálogo de la normatividad penal es antijurídica.

El tipo en esta postura adquiere una mayor importancia de la que tenía al cumplir con un cometido independiente de mera descripción de los comportamientos delictivos: Tiene la característica de ser indicio de la antijuridicidad y es a la vez, el medio adecuado para que podamos llegar a ella.

En México la jurisprudencia ha establecido: "El tipo delictivo es un indicio de la antijuridicidad, mas no fundamento de la culpabilidad". (501) MAX E. MAYER expone: "En todo caso el tipo puede ser considerado como un indicio de la calidad antijurídica de la acción". (502)

(501) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo XXXIII. p. 103. Sexta Epoca.

(502) MAYER. Citado por FRANCO GUZMAN. Delito e Injusto, p. 42. México, 1950.

(c) LA FUNCION DE LA RATIO ESSENDI DE LA ANTIJURIDICIDAD.

De acuerdo con MEZGER, (503) el tipo ya no es considerado solamente como un indicio, fundamento cognoscitivo o *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, sino su fundamento real *ratio essendi*, en base a la significación del verdadero acto legislativo por el cual surgen las leyes penales.

Nuestro tipo penal es el fundamento real de la antijuridicidad, porque quien realiza una conducta descrita en el catálogo de la normatividad punitiva, también actúa antijurídicamente, en tanto no exista a su favor una causa de exclusión de lo injusto (causa de licitud o justificación).

MEZGER termina diciendo: "El tipo jurídico penal que describe dicho actuar típico, posee, por lo tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción; que es el fundamento real y de validez, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión de lo injusto, pues si tal ocurre, la acción no es antijurídica a pesar de su tipicidad". (504)

(d) LA FUNCION DE CONCRECION Y DE CONOCIMIENTO.

Esta tesis con respecto a la tarea que realiza el tipo penal en el ámbito de la punición, es sostenida por RODRIGUEZ MUÑOZ. Según él, el tipo legal tiene una función muy diferente a la *ratio cognoscendi* y a la *ratio essendi* de la antijuridicidad, su misión es muy precisa y es de concreción y de conocimiento.

El tipo penal cumple con su primera tarea de concreción cuando la existencia de la norma legal previa, delimita y encuadra a la vez, la conducta antijurídica. Cumple con su objetivo de conocimiento en el momento en que, coincidiendo en forma temporal una conducta antijurídica y un tipo, este nos ayuda a conocer a aquélla.

PUIG PEÑA al analizar esta postura, concluye: "Realmente con esta tesis, vuelve a ser el elemento del delito algo puramente descriptivo, ya que su único papel es expresarnos que porción de la antijuridicidad debe ser sancionada con una pena". (506) Pugnando por la que tiene con la función independiente.

(e) LA FUNCION DE POLITICA PENAL.

MARQUEZ PINERO menciona "La otra tendencia también pretende penetrar en el problema, pero sin renunciar -por ello- al sistema. El pensamiento problemático tiene que desembocar (para los patrocinadores de esta posición), para mantener el carácter científico de la actividad jurídica, en un sistema; el pensamiento sistemático ha de estar dirigido (para la obtención de la solución justa del caso) al problema". (507)

La idea de encontrar en el tipo penal de la función de política criminal parte de ROXIN, quien dice: "Los problemas político criminales forman parte del conjunto propio de la teoría general del delito". Propugna la unidad entre lo penal y las finalidades de la política criminal. (508)

Este tratadista indica que los elementos tradicionales del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) deben tener su teoría general sistematizada, desarrollada y orientada, desde un inicio, al aspecto de la función de política penal, porque la ciencia jurídico-penal debe tener la característica de ser sistémica.

(503) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, p. 361. Madrid, 1946.

(504) RODRIGUEZ MUÑOZ. Problemas de la Teoría del Delito. Valor Funcional de la Tipicidad, pp. 150 y ss. Revista de Derecho Privado.

(506) PUIG PEÑA. Derecho Penal. Tomo I. p. 263. Madrid, 1955.

(507) MARQUEZ PINERO. El Tipo Penal. p. 148. Universidad Nacional Autónoma de México. 1986.

(508) ROXIN. Problemas Básicos de Derecho Penal. pp. 17 y ss. Editorial Reus. Madrid, 1976.

Al hacer alusión al pensamiento de ROXIN, MARQUEZ PINERO concluye: "En otras palabras, la fina percepción de Roxin capta, con toda claridad que el Derecho (y obviamente el Derecho Penal) no es ni más ni menos que un instrumento puesto al servicio de los fines comunitarios y colectivos". (509)

(9) MI OPINION.

Con todo el respeto que me parecen estos autores, discrepo de estos pensamientos en gran parte. En primer lugar, porque la mayoría confunde al tipo con la tipicidad. El tipo es una mera descripción objetiva (con elementos subjetivos y normativos también) y la tipicidad, una relación de conceptos fácticos a conceptos jurídicos.

Si el delito-tipo o norma legal es uno de los presupuestos generales del delito (como estima PORDE PERIT) y el tipo es el presupuesto general de la tipicidad (en mi concepción), resulta ser que su función es meramente descriptiva de las conductas que han sido previstas con un carácter delictuoso por la ley.

La parte del delito-tipo que propiamente debe ser denominada "tipo" (precepto) cumple con la finalidad esencial de hacer la descripción de comportamientos que son lícitos. La punibilidad (sanción), que es la otra parte, marca los mínimos y los máximos de la pena a delimitar.

El tipo cumple con la función general de hacer la descripción de los comportamientos que son delictuosos, añadiendo a su contenido la mención tácita de todos los elementos del delito generales y expresamente enuncia sus elementos particulares. Del modelo típico deben inferirse todos los requisitos legales de la infracción penal.

Un tipo concreto de delito debe describir en forma potencial todos los elementos que conformarán el "cuerpo del delito". La tipicidad o adecuación a este tipo específico nos brinda una conducta, una conformidad típica, una antijuridicidad y una culpabilidad actualizadas, las cuales serán objeto de una valoración separada.

El tipo de delito por sí mismo, no es objeto de valoración jurídica alguna, si no es en su proceso de creación, cuando el legislador para elaborarlo atiende a las conductas que lesionan, ponen en peligro, destruyen o contrvierten una expresión fundamental del Derecho de los individuos, de la sociedad o del Estado.

Las valoraciones que son hechas en el momento en que es actualizada una conducta penal típica, las realizan las autoridades ministerial y judicial, a fin de que pueda ser lograda su concreción. En el juicio de tipicidad es hecha una relación de conceptos fácticos con elementos jurídicos.

La descripción del tipo penal no es independiente de la antijuridicidad material en potencia, puesto que el legislador al diseñarlo toma en consideración al teorizar el delito en su aspecto formal, para describir los comportamientos que atacan a los valores jurídicos fundamentales.

En el juicio de la valoración jurídica del delito, el tipo tampoco es independiente de los elementos del ilícito, puesto que las autoridades que lo realizan deben tomar en consideración al verbo rector, para integrar una conducta, una adecuación típica, una antijuridicidad y una culpabilidad acordes con el modelo.

El tipo en su misión descriptiva no es suficiente para proporcionarnos un indicio de la antijuridicidad material actualizada (elemento del delito), sino que solamente lo es de la antijuridicidad formal penal o ilícito; tampoco nos demuestra que la conducta realizada constituya un injusto.

La conducta que ha sido descrita por el legislador en el delito tipo, es formalmente antijurídica o materialmente antijurídica en potencia. Con la descripción no se presupone que el comportamiento realizado sea un injusto, puesto que nada más se está considerando hasta este momento su ilicitud.

Nuestro tipo penal no puede ser más que fundamento de la antijuridicidad formal o material en potencia, porque la efectiva materialización del tercer elemento del delito debe ser anulada, cuando aparece que la conducta desplegada por el sujeto puede acogerse a los beneficios de una justificante legal.

En parte tiene razón RODRIGUEZ MUÑOZ, cuando nos dice que el delito-tipo tiene una función de corrección, cuando delimita y encuadra una conducta que puede ser típica, antijurídica materialmente y culpable. Aunque solamente es una de las posibilidades, la otra es que no llegue a serlo.

Además, la norma penal o tipo cumple con una tarea de conocimiento, porque nos ayuda a conocer el proceso de la valoración jurídica del delito, que esa conducta además de típica, pueda ser antijurídica y culpable.

El tipo también tiene un objetivo de política penal, aunque no es el de combatir a la delincuencia y acabar con ella. Solamente auxilia, por cuanto hace posible determinar las conductas que son delictivas y cual será la sanción que pueda imponérsele a su autor. Esa es la única función de los elementos del delito.

Ni siquiera la coactividad y la coercitividad implícitas en cada una de las normas ayuda a terminar con el fenómeno de la delincuencia, porque éste es producto de una educación deficiente y de otros factores más y la reeducación y la rehabilitación únicamente puede lograrse con la ejecución de las sanciones impuestas.

EL Código Penal y el catálogo del procedimiento penal solamente son efectivos para que determinemos quiénes han cometido delitos y cuáles son las consecuencias a las que se han hecho acreedores. Nos ayudan a llevar bien cada uno de los pasos de la valoración jurídica del ente y eso es todo.

Nos sirven para que llenemos los dos extremos previstos por nuestra CPEUM, que son la existencia del delito y la responsabilidad, de acuerdo a la legalidad, para realizarlos con justicia y con conciencia; efectivamente son parte de la política penal de nuestro sistema jurídico y se retro-alimentan.

La normatividad jurídico-penal tampoco sirve para los fines de la prevención y lucha contra el delito ni para el tratamiento de los delincuentes, esa es una función que aunque también es estatal, le corresponde a órganos muy distintos de los de procuración de administración de justicia penal.

Al sentenciar, la autoridad judicial únicamente declara la existencia del delito y de la responsabilidad penal o social, individualiza e impone las sanciones y marca algunos parámetros para su cumplimiento, pero no las ejecuta y por lo tanto, no puede decirse que cumpla con la función rehabilitadora.

(125) LAS CLASES DE TIPOS

Al momento de analizar las normas que están contenidas en los códigos penales, se descubre que éstas pueden ser de diferente naturaleza. Las hay generales y especiales, descriptivas y sancionadoras, justificativas y negativas, prohibitivas y prescriptivas. Todas ellas pueden ser denominadas como "tipos penales".

Su esquematización es la siguiente:



Con esta clase de tipos o normas penales pueden hacerse diferentes combinaciones y es posible que en las leyes penales las encontremos combinadas. Todas pueden ser nombradas "tipos penales" y en stricto sensu, el delito-tipo contiene como elementos al tipo y a la punibilidad.

Repito que a todas las normas de cualesquiera de las materias jurídicas también puede llamarseles "tipos", en virtud de que son el modelo representativo de las situaciones que pueden presentarse en la realidad fáctica y que le interesan al área jurídica, en la totalidad del sistema.

(a) LOS TIPOS GENERALES.

Se encuentran previstos en la parte general de los códigos penales y son aplicables a todos los delitos-tipo que están previstos en la parte especial y en las normas penales especiales. Hacen referencia a situaciones genéricas que pueden presentarse en cualquier tipo de delito.

Por medio de ellas se regulan hipótesis que regirán a todo el catálogo de los delitos-tipo establecidos. Pertenecen a la parte general de la ciencia jurídico-penal, es decir a las teorías generales de la ley, del delito, de la responsabilidad y de las sanciones penales.

Estas normas o tipos pueden ser de naturaleza meramente descriptiva, como aquellas que están referidas a la ley penal; justificativas, si su cometido es anular algún otro elemento del delito y sancionadoras, si detallan la punibilidad de la tentativa, etc.

Estas normas sí que constituyen la espina dorsal de todo el sistema de la normatividad jurídica, porque sin ellas las teorías generales no podrían ser aplicadas a los delitos-tipo y la actualización de estos sería imposible. En el Código Penal Federal son tipos generales del artículo 1 al 122.

(b) LOS TIPOS ESPECIALES

A esta clase de normas las encontramos contenidas en la parte especial de los códigos penales y en las normas penales especiales y su misión es describir a las figuras delictivas en particular o especiales. En el Código Penal Federal los tipos especiales están previstos en los artículos del 123 al 400 bis.

Son lo que en sentido estricto podemos considerar como delito-tipo; se hallan compuestas de precepto (tipo) y sanción (punibilidad), como cualesquiera de las normas de las otras áreas jurídicas. Se dedican a hacer la descripción de la conducta prohibida o prescrita y la abstracción de las sanciones.

En los códigos penales que han sido elaborados con una buena técnica jurídico-penal los debemos encontrar agrupados por familias, en atención a los bienes que con esas descripciones normativas va a intentarse proteger y dentro de estos, los que pertenecen al individuo, a la sociedad y al Estado.

Pueden ser descriptivas, cuando detallan una situación determinada; prohibitivas o prescriptivas, si hacen la descripción de la conducta; justificativas, cuando hablan de un caso especial de exclusión de la antijuridicidad; negativas, si dan lugar a otra excluyente y sancionadoras, cuando sólo describan una sanción aplicable.

(c) LOS TIPOS DESCRIPTIVOS.

En realidad, puedo decir que todas las normas del sistema jurídico-penal son descriptivas; o, mejor, aclararé que son normas o tipos descriptivos en sentido estricto, aquellas que sientan los principios generales que son aplicables a todos los delitos-tipo o a un tipo específico.

No detallan una forma de comportamiento determinado, a manera de prohibición o prescripción, sino que asientan las bases genéricas para aplicar el contenido de las teorías generales a los delitos-tipo en particular, por cuanto hace a la ley, al delito, a la responsabilidad y a las sanciones.

Podemos encontrarlas en la parte general o en la parte especial de los códigos penales o en las leyes que contienen normas penales especiales, aunque esto no sea muy técnico, porque de hecho solamente deben incluirse en la parte general del Código Penal para que rijan para todos los delitos-tipo.

En el CPF tenemos que son normas netamente descriptivas las siguientes: **PARTE GENERAL:** Arts. 1º al 14º, 16º al 57º y 67º al 118º. **PARTE ESPECIAL:** Arts. 155º, 163º y 165º, por ejemplo.

(d) LOS TIPOS JUSTIFICATIVOS.

Son aquellas clase de normas que establecen los requisitos que tienen que ser probados y comprobados, para que la conducta realizada por el sujeto pueda acogerse al beneficio de las justificantes (causas de licitud o justificación). Hacen la descripción objetiva de las hipótesis en que la conducta puede ser justificada.

Estos tipos o normas solamente hacen referencia al aspecto negativo de la antijuridicidad, y en la parte general del CPF son englobados con otros aspectos negativos del delito, bajo el rubro de "circunstancias excluyentes de responsabilidad" que, por no ser el indicado, debe substituirse.

Por errores de sistematización, eventualmente pueden aparecer los tipos justificativos en la parte especial de los Códigos Penales; lo cual no debe ser, puesto que si ya fueron incluidos como preceptos generales, ya no hay razón que sea plenamente válida para estar particularizando en cada delito-tipo que se nos antoje.

Los tipos justificativos están previstos en la parte general de los códigos penales y rigen para cualquier delito cuya esencia permita el beneficio. Si están en la parte especial, solamente funcionarían para el delito-tipo que los incluya en sus regulaciones. En el CPF son normas justificativas:

PARTE GENERAL: Art. 15º, fracciones: III (legítima defensa), IV (estado de necesidad), V (ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber), VII (obediencia jerárquica) y VIII (impedimento legítimo).

PARTE ESPECIAL: Robo del familiar (art. 379º), por ejemplo, que constituye un estado de necesidad.

(e) LOS TIPOS NEGATIVOS.

Son todas aquellas normas que detallan el aspecto negativo de los elementos del delito, excepción hecha de las causas de justificación, que pertenecen a las excluyentes de antijuridicidad y que son consideradas como tipos justificativos, de ordinario se encuentran en la parte general de los códigos penales.

Desglosan los requisitos que deben ser reunidos para que haya lugar a la negación de la conducta o de la culpabilidad, y como hipótesis diversa, de la punibilidad (excusas absolutorias). En la parte general del CPF se unen con las normas justificativas, en las llamadas "circunstancias excluyentes de responsabilidad".

Como ejemplos de esta clase de normas, en el CPF tenemos a las siguientes:

PARTE GENERAL: Art. 15º, fracciones: I (fuerza física irresistible), II (inimputabilidad), IV (miedo grave y temor fundado), V (inculpable ignorancia), IX (no exigibilidad de otra conducta), XI (error de tipo y error de licitud).

PARTE ESPECIAL: Aborto culposo (art. 379º), por ejemplo, que es una excusa absolutoria.

(f) LOS TIPOS SANCIONADORES.

Serán todas aquellas normas que establezcan una punibilidad determinada o las reglas para individualizar e imponer las sanciones; en hipótesis genéricas pueden presentarse en cualesquier de los delitos-tipo particulares o especiales. Le sirven a la autoridad judicial para delimitar la sanción aplicable.

Cuando están contenidos en la parte especial, por imprecisión técnico-jurídica, hacen referencia a un artículo diverso a aquél en el cual se encuentra la conducta que están prohibiendo o prescribiendo las áreas de la normatividad legal. El CPF prevé como normas sancionadoras, las que enumeró a continuación:

PARTE GENERAL: Arts. del 59º al 66º, que son englobados bajo el rubro "aplicación de las sanciones" y 51º y 52º.

PARTE ESPECIAL: Arts. 142º, 143º, 145º, 153º, 154º, etc.

(g) LOS TIPOS PROHIBITIVOS.

Son aquellas normas penales que detallan las conductas o los resultados que el ser humano debe abstenerse de realizar, para evitar que su comportamiento sea contrario a lo que establecen los postulados del sistema de normatividad jurídico-penal, el reproche social y la sanción que le es consecuente.

Si la norma no contiene en forma expresa la prohibición, ésta debe ser obtenida al momento en que procedamos a hacer la interpretación teleológica del precepto, para descubrir la voluntad de cada una de las disposiciones jurídicas, en el momento en que van a ser aplicadas en los foros.

Pueden ser cumplidas con una acción o con una omisión, como formas de conducta; darán lugar a un delito activo u omisivo, de mera conducta o formal, según la hipótesis. De ellas deriva un deber jurídico de abstenerse, que tendrá relevancia en el momento de valorar a la antijuridicidad y a la culpabilidad.

Como ejemplo, tenemos al artículo 302º del CPF, que nos dice: "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro". El deber que contiene es el de abstenerse de privar de la vida a otro. Puede ser realizado por acción o por omisión. Dará lugar a un delito de resultado material.

(h) LOS TIPOS PRESCRIPTIVOS.

Esta clase de normas o tipos hace la descripción de las conductas que el individuo debe realizar, para evitar que su comportamiento sea contrario a los preceptos que conforman las leyes penales. Habrá ocasiones en que el tipo no contenga en forma expresa la prohibición, aunque la obtendremos al interpretarlo.

Solamente pueden ser realizados con una omisión (como forma negativa de la manifestación de la voluntad al exterior) y dan lugar a un delito de mera conducta o de resultado material, según el caso. El deber jurídico que contienen es de obrar y será valorado al comprobar la antijuridicidad y la culpabilidad.

El ejemplo lo tenemos en el artículo 335º del CPF, que describe al delito de abandono de incapaces, que dice: "Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo la obligación de cuidarlos, se le aplicará de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno...".

El deber jurídico de abstenerse no está contenido en forma expresa, no se dice: "Debes cuidar a un incapaz"; en cambio, será obtenido al interpretar las frases: "Al que abandone" y "teniendo la obligación de cuidarlos", que son materia de la valoración de los elementos valorativo y normativo (antijuridicidad y culpabilidad).

(i) LOS EJEMPLOS LEGALES TOMADOS DEL CPF DE LAS CLASES DE TIPOS.

TIPOS GENERALES: Art. 1º (validez espacial de la ley penal). "Este código se aplicará en el Distrito Federal, por los delitos de la competencia de los tribunales comunes; y en toda la República, para los delitos de la competencia de los tribunales federales" (DESCRPTIVOS).

Art. 15º (obediencia jerárquica). Fracción VII. "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía". (JUSTIFICATIVO).

Art. 15º (caso fortuito). Fracción X. "Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas". (NEGATIVO).

Art. 63º (punibilidad de la tentativa). "A los responsables de tentativas punibles se les aplicará, a juicio del Juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario". (SANCIONADOR).

TIPOS ESPECIALES: Art. 173º (delito-tipo de violación de correspondencia). Se aplicarán de tres días a seis meses de prisión y multa de cinco a cincuenta pesos: 1. Al que abra indebidamente una comunicación escrita que no esté dirigida a él". (PROHIBITIVO).

Art. 335º (delito-tipo de abandono de los deberes de la subsistencia familiar). "Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicará de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado". (PRESCRIPTIVO).

Art. 339º (definición del delito de aborto). "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". (DESCRIPTIVO).

Art. 334º (concepto del aborto terapéutico). "No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto la mujer embarazada corre peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora". (JUSTIFICATIVA).

Art. 333º (concepto del aborto culposo). "No es punible el aborto causado por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación". (NEGATIVA).

Art. 326º (punibilidad del delito de infanticidio). "Al que cometa el delito de infanticidio se le aplicará de seis a diez años de prisión, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente". (SANCIONADOR).

(126) LA CONSTRUCCION DEL DELITO-TIPO.

La principal misión del legislador de lo penal lo es la de buscar las bases idóneas para procurar la protección de los valores fundamentales de la sociedad, de sus integrantes o del Estado, a través de los preceptos que van a servirle para garantizar la salvaguardia de la paz jurídica.

Las normas que integran los catálogos penales surgen en un proceso de creación derivativa, en el cual el legislador ha de observar que sean respetados los principios básicos (derechos humanos fundamentales) que son establecidos por la CPDM y que son previos al nacimiento de cualquier norma jurídica.

Debemos recordar que en materia penal está prohibida la aplicación de alguna pena que no esté perfectamente establecida en la ley o sancionar una conducta que no se encuentre tipificada como delito, para la salvaguarda del principio de legalidad. Es decir, que no hay delitos ni penas extralegales.

Atendiendo a esto, el legislador penal debe poner especial interés y mucho cuidado al establecer las figuras delictivas y sus sanciones correspondientes, así como al crear las bases generales que han de regir en el proceso de la valoración jurídica de las conductas presuntamente delictuosas.

Primeramente debe ser realizada la valoración de las conductas que el individuo presenta en sociedad, poniéndose énfasis en aquellos comportamientos con los que puedan ser lesionados, puestos en peligro, destruidos o convertidos los bienes jurídicos fundamentales, para tipificar los delitos y prohibir su realización.

Con basamento en esta situación, el legislador de lo penal proyecta los delitos-tipo y todas las demás normas penales. En los primeros, asentará una descripción de la conducta que quiere regular, para fomar con ello una serie de imperativos categóricos que la prohiban o la prescriban.

Las leyes penales de ordinario estructuran sus cuerpos normativos en dos secciones, a las cuales se las llama parte general y parte especial, atendiendo a la sistemática de nuestra ciencia. La primera nos brinda principios genéricos que han de ser aplicados al evaluar la conducta y la segunda, abarca al catálogo de delitos y punibilidades.

La parte especial debe ser elaborada atendiendo a situaciones hipotéticas que pueden presentarse en la realidad fáctica. El tipo de delito queda plasmado como un concepto en los catálogos normativos y cumple con una primera función, que es la de regular el comportamiento humano en sociedad.

En la parte general, en cambio, el problema que se presenta es diverso: Con ella se cumple la función más importante del conjunto de normas penales, que es la de establecer las bases para la valoración jurídica del delito que será realizada por las autoridades ministerial y judicial.

Las normas que están previstas en la parte general, por regla, son meramente descriptivas y detallan conceptos genéricos que son aplicables a todos los delitos. Aun cuando tengan la calidad de ser descriptivas en sentido estricto, justificativas, negativas o sancionadoras, han de tratar de situaciones generales que sirven a cualquier tipo de delito.

El elemento regulador o tipicidad puede ser entendido como una relación de concepto a concepto entre lo que sucedió en el mundo fáctico y las peticiones de la norma, con respecto a las modalidades de la conducta, a las calidades de los sujetos, al objeto material, al bien jurídico, a un propósito especial en el agente, etc.

Así como la parte especial forma un catálogo de delito-tipos, cada uno de esos tipos, a su vez, es un catálogo de requisitos que el comportamiento del hombre y su manifestación fáctica deben cubrir íntegramente, para que la autoridad pueda llegar a configurar el elemento regulador o tipicidad.

En general, podría decirse que la estructura del delito-tipo es capaz de soportar una primera división. Como toda norma jurídica, aquella que describe los modelos delictuosos está compuesta por un precepto, que es el tipo de conducta prohibida o prescrita y una sanción, que delimita los mínimos y los máximos de la punibilidad.

Así también, puede asegurarse que el delito-tipo cumple en su estructura con dos etapas: La primera es netamente descriptiva y a su vez, está compuesta por dos partes: La objetiva o causal y la subjetiva o final. Una atiende a los principios de la causalidad y la otra a los de la finalidad, quedando aquélla al servicio de ésta.

La segunda, implica que ya estamos en el proceso de la valoración jurídica del delito y está referida a la parte reguladora para realizar esa valoración. En ella están contenidos tácita o expresamente, los cuatro elementos esenciales del delito.

(a) LA PARTE OBJETIVA O CAUSAL.

Es aquella que integra al tipo de delito y que detalla los conceptos que únicamente están referidos al aspecto objetivo de la conducta. En su valoración jurídica no es necesario que atendamos al proceso interno que se desarrolla en la mente del sujeto, sino solamente al aspecto material del comportamiento.

Cumple con el cometido de conceptualizar la conducta que puede ser objeto de imputación penal, detallando los requisitos que sean necesarios para que ella pueda concurrir, tanto en la realidad de hechos, como en el mundo jurídico-penal. Estas peticiones son de naturaleza objetiva o normativa.

Son elementos objetivos del delito, según PAVON VASCONCELOS: "Aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal". (510)

La parte objetiva o causal del tipo contiene elementos objetivos, que están referidos a las modalidades de la conducta, tales como la mención de un lugar y de un tiempo determinados, de medios comisivos especiales, de peculiaridades de los sujetos activo y pasivo, y al verbo regulador del comportamiento en sociedad.

En la realidad fáctica la parte objetiva o causal del tipo de delito, puede ser comprendida por cualquier sujeto mediante un proceso cognoscitivo simple; es decir, que no se requiere que la persona tenga un especial conocimiento en alguna materia, inclusive la jurídica, para poder entender el contenido de estos elementos.

En cambio, cuando en la realidad jurídico-penal es realizado el proceso de la valoración del delito, esta parte objetiva o causal del tipo debe ser objeto de una evaluación normativa, esto es, que será calificada de acuerdo con los parámetros que nos marca el mundo de la normatividad penal.

Es una parte objetiva o causal, por cuanto hace a su estructura y por lo que se refiere a la valoración, va a serlo normativa porque, como toda valoración que sea hecha desde el punto de vista jurídico-penal, atiende a los postulados normativos que se encuentran contenidos en la ley.

En resumen, la parte causal de la descripción típica es meramente objetiva y normativa, y comprende: los presupuestos particulares del delito, las referencias de tiempo y espacio, la exigencia de medios, los objetos jurídico y material, la calidad y el número de los sujetos activos y el verbo que regula la valoración.

(b) LA PARTE SUBJETIVA O FINAL.

Es aquella sección del delito-tipo objetivo, que sirve para complementarlo y que detalla conceptos y situaciones que han de estar referidos al proceso interno que tiene su desenvolvimiento en la mente del autor de la conducta que puede adquirir relevancia para integrar un delito.

Para proceder a valorarla jurídicamente, es menester que las autoridades ministerial y judicial atiendan a los procesos emocional o volitivo e intelectual o cognoscitivo que, como ya he dicho, integran a una conducta completa que puede adquirir relieve en el campo de lo jurídico-penal.

Con esta parte podrá quedar complementada la conducta que puede ser objeto de imputación, responsabilidad y pena, detallando todos los requisitos subjetivos o finalísticos que sean necesarios para conocer el proceso interno que se desarrolló en la mente del sujeto, en el instante en que asumió un comportamiento delictuoso.

PAVON VASCONCELOS acuerda que "los tipos contienen muy frecuentemente elementos subjetivos por cuanto están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita". (511) Los requisitos subjetivos del tipo de delito completan la conducta ilícita, añadiéndole la finalidad o propósito del individuo al momento de actuar.

REYES escribe: "En ocasiones la mera descripción objetiva de una conducta no es suficiente para comprender su ilicitud, sino que es necesario referirla a determinado y concreto propósito del autor. Si el legislador no utilizase ingredientes comportamentales subjetivos se correría el riesgo de sancionar conductas inocuas o socialmente útiles". (512)

Los elementos subjetivos del tipo han sido reconocidos como "anti-juridicidades especiales tipificadas" y se los quiere ubicar en la teoría general del tercer elemento del delito. Con mejor técnica, el finalismo y algunos autores de la corriente tradicional, los ubican en el estudio del elemento regulador o tipicidad, como elementos típicos. (513)

(511) PAVON VASCONCELOS. *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General.* p. 251. Editorial Porrúa, S. A. México, 1974.

(512) REYES. *Derecho Penal. Parte General.* p. 151. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(513) Consultar: REYES. *Op cit.*, MEZGER *Tratado de Derecho Penal.* p. 387 Madrid, 1955. Editorial Revista de Derecho Privado. MAURACH. *Tratado de Derecho Penal. Volumen I.* pp. 173 y ss. Ediciones Ariel. Barcelona, 1962. FONTAN BALESTRA. *Misión de Garantía del Derecho Penal.* p. 62. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1950.

La parte subjetiva o final del tipo de delito en la realidad fáctica, es concertada en el fuero interno del sujeto y es la guía para externar la voluntad que se ha concretado; en la realidad jurídica, las autoridades ministerial y judicial ha de evaluarla por un proceso de referencia.

Esta parte integrante del tipo delictuoso contiene la mención del dolo (genérico o específico), de los motivos, de los impulsos, de las tendencias, etc., que orientan el comportamiento que despliega el sujeto activo del delito, así como los elementos del juicio cognitivo, con los cuales habrá de evaluarse.

(c) LA PARTE RECTORA PARA LA VALORACION.

Esta es la parte del tipo delictivo que adquiere una mayor relevancia en el proceso de la valoración jurídica del comportamiento delictuoso, puesto que con ella va a concretarse el modelo de un delito determinado; esto es, que de ella resulta la tipicidad de todas las modalidades que pueda tener el ente penal.

La parte reguladora del delito-tipo gobierna nada más a un tipo de delito en específico y a cada una de las normas penales, les da caracteres muy diferentes. No podemos decir que hay la tipicidad de un determinado ilícito penal, si la parte reguladora para la valoración no le ha imprimido su sello particular.

En primer lugar, la parte rectora para la valoración jurídica que habrán de realizar las autoridades ministerial y judicial está guiada por el verbo regulador, que es uno de los elementos objetivos de la descripción típica y es la pauta para reconocer cada género de delito, por su manifestación externa.

El verbo rector, aun cuando le da a cada tipo de delito una peculiaridad que lo hace diferente a los demás, no es exclusivo de uno solo de ellos. Puede haber varios delitos que tengan el mismo rector, aunque el resto de sus elementos típicos los hará diversos y constitutivos de una sola figura delictiva.

Además, la parte reguladora para la valoración contiene mencionados --en forma tácita o expresa--, los cuatro elementos esenciales del delito: Conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Mediante ella podrá ser realizada la relación de concepto a concepto entre las realidades fáctica y jurídica.

Esa parte rectora que guía la valoración jurídica del delito puede ser identificada con el *lietbild*, del cual nos hablaba VON BIELING en su teoría del delito-tipo. Su naturaleza es descriptiva y objetiva, como fue concebido el tipo en sus primeras fases dentro de la corriente tradicionalista.

A pesar de sus características descriptiva y objetiva, para adecuar la parte reguladora de la valoración a un delito determinado, las autoridades ministerial y judicial realizan un proceso subjetivo y normativo, para ajustar la realidad de hechos a la normatividad jurídico-penal.

La parte reguladora para la valoración es la que da su esencia a un delito porque, por ejemplo, para que podamos hablar de un homicidio, nos es preciso atender al verbo regulador que nos menciona a la privación de la vida, para así lograr integrar una conducta, una tipicidad, una antijuridicidad y una culpabilidad de homicidio.

Hay otras reglas pre-determinadas para realizar la valoración jurídica del delito y en la doctrina tradicional son conocidas como **elementos normativos**, los cuales forman parte de la estructura objetiva o causal del delito-tipo. Son ciertos requisitos que deben ser valorados de una determinada manera, para descubrir su contenido.

Estos elementos normativos pueden ser de dos clases diferentes, a saber: a) Elementos normativos de valoración jurídica. b) Elementos normativos de valoración cultural. Unos precisan las reglas que nos marca el sistema jurídico para interpretar sus conceptos y los otros, son reglas de cultura.

Como ejemplo de los primeros, tenemos el artículo 367º del CPF (delito-tipo de robo): "Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley". Son elementos de valoración jurídica los señalados.

El artículo 362º del CPF hace mención a un elemento normativo de valoración cultural, en el delito-tipo es estupro, que dice: "Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio del engaño, se le aplicarán de tres meses a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos".

También en la parte reguladora para la valoración podemos encontrar a la posición legal de garantía con respecto a un bien jurídico creada por el área penal, que nos sirve para atribuirle el resultado material de una conducta omisiva a quien haya transgredido ese deber, como si fuera él quien lo hubiese producido.

Como puede comprenderse con facilidad, la ausencia de esa posición legal de garantía, que implica el obrar conforme a derecho para la salvaguarda de ese bien jurídico encomendado, no es una causa de atipicidad, sino una situación que debe valorarse en la existencia del deber ser jurídico-penal en el elemento valorativo o antijuridicidad.

La situación se torna compleja, porque la descripción legal, como ya dije, debe contener la mención tácita o expresa de todos los elementos del delito; en puridad, podríamos reducir al delito en la sola tipicidad y decir que no tiene más elementos; empero, corremos el riesgo de que alguno de los aspectos se quede sin ser valorado.

Por ello, surgió la necesidad de descomponer al delito en un determinado número de elementos; esta división es hecha nada más con fines didácticos, de comprensión y de aplicación en la práctica y constituye una ficción. Así es, que cada uno puede integrar la ficta separación como mejor le acomode, sin que desdote los aspectos que tiene el ente jurídico-penal.

(d) LA PARTE SANCIONADORA.

Como cualesquiera de las normas jurídicas, la penal o delito-tipo está compuesta por un precepto y una sanción. Las partes objetiva o causal, subjetiva o final y rectora para la valoración, forman al precepto y en la sanción se incluyen la calidad y la cantidad de las consecuencias del delito (penas o medidas de tratamiento especializado).

En el área jurídico-penal la sanción ha sido denominada punibilidad y conforma la abstracción de las sanciones que prevé el legislador para que la autoridad judicial las individualice o imponga, en los casos en que haya sido comprobada la existencia del delito y de la responsabilidad.

La punibilidad nos fija la calidad de las sanciones, cuando dispone que sea aplicada la pena privativa de libertad, por ejemplo, y en la cantidad se alude a un mínimo y aun máximo y dentro de esos límites se movilizará el arbitrio del juzgador, para tasar la punición, de acuerdo con las circunstancias del delito y las características del autor.

Aquí únicamente hago alusión a la sanción en forma general, como parte integral del delito-tipo, dado que dentro de la teoría de la ciencia jurídico-penal existe un apartado especial dedicado al estudio de la teoría general de las sanciones (penas y medidas de tratamiento especializado).

(127) LOS ELEMENTOS DEL DELITO-TIPO.

Cada uno de los delitos-tipo que están contenidos en la parte especial de los códigos penales o en las normas penales especiales pueden ser divididos en dos partes constitutivas: Precepto y sanción (tipo y punibilidad). Propiamente, cuando hablamos de los elementos del delito-tipo, hacemos referencia a los que contiene el precepto.

Hay tipos que pueden concretarse a describir una mera conducta, que será independiente de la mutación que pudiera existir en el mundo de la realidad de hechos. La conducta se completa con el verbo regulador y las alusiones a los sujetos y a las modalidades de ese comportamiento.

Como ejemplo, tenemos al artículo 148º fracción II del CPF, que dice: "La violación de cualquier inmunidad diplomática, real o personal, de un soberano extranjero, o del representante de otra nación, sea que residan en la República o estén de paso en ella" (delito-tipo de violación a la inmunidad diplomática).

En algunos casos, además de la conducta, piden para su integración la presencia de un resultado material que sea producto del comportamiento activo u omisivo del ser humano. Completan los requerimientos normativos con otro tipo de requisitos de índole diversa: Objetiva, subjetiva o normativa.

Así, tenemos al artículo 288º del CPF (delito-tipo de lesiones). "Bajo el nombre de lesión se comprende no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa".

A veces mencionan a los sujetos que han de intervenir en la comisión de la conducta delictuosa, sean activos o pasivos, haciendo una peticion en cuanto al número o a la calidad que cualesquiera de ellos debe reunir para que pueda integrarse el elemento regulador o tipicidad.

Esto sucede en el artículo 325º del CPF (delito-tipo de infanticidio) que preceptúa: "Llámase infanticidio a la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos".

Puede suceder que también el tipo de delito exija determinados medios para la comisión de la conducta y esto sucede, cuando estamos en presencia de un tipo de medios legalmente limitados, opuesto al de formulación libre, que no hace exigencias de esta especie.

El ejemplo de la hipótesis anterior lo encontramos en el artículo 267º del CPF, que describe al delito-tipo de rapto: "Al que se apodera de una persona, por medio de la violencia física o moral, o del engaño, para satisfacer un deseo erótico sexual o para casarse, se le aplicará la pena de uno a ocho años de prisión".

Esto nos sirve para darnos cuenta de que no todos los tipos delictivos contienen los mismos elementos en su construcción, en cuanto a su número o a su clase. Por ello, es necesario que me avoque a estudiar uno a uno los elementos que pueden estar incluidos en la descripción típica.

En términos generales, el delito-tipo puede estar estructurado con los siguientes elementos:

- a) Presupuestos del delito particulares:
 - * De naturaleza jurídica.
 - * De naturaleza material.
- b) Verbo regulador:
 - * Prohibitivo.
 - * Prescriptivo.
- c) Deber jurídico:
 - * De obrar.
 - * De abstenerse.
 - * De obrar y de abstenerse.
- d) Modalidades de la conducta:
 - * Referencias de lugar.
 - * Referencias de tiempo.
 - * Referencias de ocasión.
 - * Exigencia de medios.
- e) Sujeto activo:
 - * Calidad determinada.
 - * Número determinado.
- f) Objeto material:
 - * Real.
 - * Personal.

- g) Sujeto pasivo:
 - * Calidad determinada.
 - * Número determinado.
- h) Bien jurídico:
 - * Individual.
 - * Social.
 - * Estatal.
- i) Elementos subjetivos:
 - * Generales.
 - * Especiales.
 - * Elementos del juicio cognitivo.
- j) Rectores para la valoración:
 - * Elementos normativos.
 - * Reguladores en general.
 - * Posición legal de garantía con respecto a un bien jurídico.
- k) Sanción:
 - * Punibilidad.
 - * Excusas absolutorias.

(a) LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO PARTICULARES.

Son aquellos requisitos de naturaleza jurídica o material previos a la manifestación de la conducta delictiva, contenidos en el marco de explicitación del delito-tipo que se cuestiona. Cuando el tipo de delito menciona un presupuesto, es necesario que éste se dé, para que haya tipicidad.

La ausencia de un presupuesto del delito particular típico hace imposible que nuestro ente llegue a configurarse en el mundo jurídico, aun cuando en la práctica haya existido la lesión, la puesta en peligro, la destrucción o la controversia injusta de un valor reconocido en el área penal.

En la más de las ocasiones, cuando se presenta la inexistencia de uno de estos presupuestos típicos tenemos una causa que da lugar a la atipicidad y que hace desaparecer al delito en el área jurídica; en supuestos excepcionales su ausencia impide la clasificación de un determinado título delictuoso, aunque deja subsistente la posibilidad de que llegue a ser integrado otro.

Este caso es conocido en la doctrina penal como "variación" o "traslación de tipo". En realidad ese fenómeno jurídico nunca se da, lo que sucede es que se da otro delito, al no configurarse la tipicidad del primero, refiriéndonos siempre a un tipo fundamental o básico y uno especial que derive de él, o a bienes jurídicos de la misma familia.

El ejemplo de un presupuesto particular típico del delito de naturaleza material, lo tenemos en el artículo 329 del CPF, delito-tipo de aborto: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". El presupuesto es el embarazo; en el supuesto de que no existe puede tipificarse un delito de lesiones. Como ejemplo del presupuesto de carácter jurídico tenemos al artículo 323 del CPF, delito-tipo de parricidio: "Se da el nombre de parricidio al homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco".

Hay que hacer la aclaración de que la llamada "variación o traslación de tipo" solamente puede ser hecha en el momento procesal oportuno, que es en el momento en que la autoridad ministerial precisa su consignación ante la judicial, sin que le sea dado hacer un cambio de los hechos, en cuanto a su substancia.

Podría discutirse una postura diferente, que permita que el Ministerio Público adscrito a juzgado recalifique el título delictivo al momento en que precisa la pretensión punitiva estatal en su pliego de conclusiones acusatorias, también con la condición de que no cambie los hechos, lo cual evita la impunidad.

b) EL VERBO REGULADOR.

En aquella parte del tipo de delito que los tradicionalistas han reconocido como el "elemento objetivo, material o descriptivo" verbo rector" o "verbo típico" y que expresa la forma de manifestación que debe tener la voluntad intencional. Hace referencia a las maneras en que debe quedar materializada la conducta.

MEZGER la llama "elemento típico descriptivo" y lo define como: "Los estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados especial o temporalmente, perceptibles por los sentidos ((objetivos)), fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva". (514)

REYES dice con respecto al verbo rector: "Como quiera que desde el punto de vista gramatical la conducta típica es una oración, su contexto gira en derredor del verbo principal o único que la gobierna; por eso se llama (verbo rector) o (núcleo rector del tipo)". (515)

FORTE PETIT sostiene: "Forma parte del tipo el elemento material, que está constituido por la conducta o hecho, originándose los delitos de mera conducta y los de resultado material". (516) El verbo regulador puede expresarse en una prohibición o en una prescripción, originar una acción o una omisión y completarse con uno o más actos.

El ejemplo del verbo regulador prohibitivo lo tenemos en el artículo 385º del Código Penal que trata el delito de fraude: el que engañando uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de una cosa o alcanza un lucro indebido".

Para ejemplificar el verbo regulador prescriptivo tenemos al artículo 352º CPP, delito-tipo de incapaces: "Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo la obligación de cuidarlo, se le aplicará de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare dano alguno".

Un verbo regulador de acción lo es el artículo 191º del CPP, delito-tipo de ultraje a las insignias nacionales: "Al que ultraje el escudo de la República o el pabellón nacional ya sea de palabra o de obra, se le aplicarán de seis meses a cuatro años de prisión, si no resultare dano alguno".

El artículo 367º del CPP, delito-tipo de incumplimiento del deber de proveer los recursos para la subsistencia familiar, contiene un verbo regulador de omisión: "Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recurso para atender a las necesidades de subsistencia".

(c) EL DEBER JURIDICO.

Según el verbo regulador del tipo sea prohibitivo o prescriptivo, tenemos que de él deriva un deber jurídico de obrar o de abstenerse, que se menciona en este apartado por estar contenido en los elementos típicos, aunque adquiere relevancia en la antijuridicidad y en la culpabilidad.

De cualesquiera de las normas jurídicas, sea cual fuere su naturaleza, podemos obtener un deber jurídico, que es pronunciado erga omnes y que debe ser cumplido por todos; le es exigido a un sujeto en particular, atendiendo a sus características personales y a las circunstancias concurrentes en la realización de la conducta.

La normatividad legal, en términos generales, marca este deber jurídico de comportarse, porque de sus normas podemos obtener la obligación de respetar los mandatos que están contenidos en ellas, en forma de imperativos categóricos de conducta. Recordarse que toda norma jurídica establece derechos y obligaciones correlativas.

(514) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. p. 372. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946.

(515) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 144. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(516) FORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 432. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

Hay un deber general, que es para todo el género humano y podemos traducirlo en la obligación de no contrariar la voluntad de las normas y otro particular, que bien puede ser para el sujeto o para que los procuradores y administradores de justicia paguen por la exacta aplicación de las leyes jurídicas.

En el área penal este deber jurídico puede adoptar tres formas diversas, que son:

- a) La obligación de realizar determinada conducta (de obrar).
- b) La petición de que deje de realizarse esa conducta (de abstenirse).
- c) Cuando la ley exige en forma conjunta una acción y una omisión (de obrar y de abstenirse).

Del deber jurídico de obrar tenemos como ejemplo el artículo 341 del Código Penal Federal, delito-tipo de abandono de atropellados: "El automovilista, motorista, conductor de un vehículo cualquiera, ciclista o jinete que deje en estado de abandono, sin prestarle o facilitarle asistencia a la persona que atropelló por imprudencia o accidente".

El deber jurídico de abstenirse lo obtenemos del derogado artículo 344 del Código Penal Federal, delito-tipo de golpes simples: "Se aplicarán de tres días a un año de prisión y multa de cinco a trescientos pesos: I. Al que, públicamente y fuera de ríña, diere a otro una bofetada, un puntazo, un latigazo o cualquier otro golpe en la cara".

Para el deber jurídico de obrar y de abstenirse tenemos como ejemplo el artículo 232 del Código Penal Federal, delito-tipo de abandono de defensa de un cliente: "Además de las penas mencionadas, se podrá imponer de tres meses a tres años de prisión: II. Por abandonar la defensa de un cliente o negocio sin motivo justificado y causando daño".

(d) LAS MODALIDADES DE LA CONDUCTA.

Son aquellos elementos del tipo del delito que están referidos al lugar, al tiempo, a la ocasión o a los medios que deben emplearse en la realización de la conducta. Se llaman referencias locales o espaciales, referencias temporales o cronológicas y exigencia de medios.

FORTE PETIT dice: "Igualmente forman parte del tipo las modalidades de la conducta: referencias de tiempo, de lugar, (referencia legal a otro hecho punible) o (referencias de otra índole, exigidas por el tipo), y los medios empleados". (517)

JIMÉNEZ DE ASUA expone: "Podemos decir que, en un principio y en la mayor parte de los casos, las modalidades de la acción, es decir, las referencias temporales y espaciales, la ocasión y los medios empleados, no interesan para el proceso de subsumir un hecho en un tipo legal". (518)

En fin, MEZGER asienta: "Las modalidades de la acción, esto es, sus referencias temporales y espaciales, los medios empleados para la consecución del resultado último, la referencia a otro hecho punible, etc., no interesan en un principio a la ley y ni influyen, por tanto en la existencia o ausencia de la tipicidad". (519)

Las modalidades de la conducta (tiempo, lugar, ocasión y medios) interesan para que podamos integrar al elemento regulador o tipicidad, cuando el tipo las incluye dentro de sus elementos y en su ausencia, dan lugar a una causa de atipicidad, impidiendo que el delito sea integrado en el mundo jurídico.

(517) FORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 432. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(518) JIMÉNEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, p. 87. Editorial Losada, S. A., Buenos Aires., 1958.

(519) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. p. 369. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946.

Las referencias de lugar, espaciales o locales se dan cuando la norma penal exige que el delito se lleve a cabo en una determinada circunscripción; si la conducta no es realizada en el lugar que de termina el tipo delictivo, hay lugar para una de las hipótesis de atipicidad.

En cuanto a las referencias de tiempo o cronológicas, se dice que existen cuando el delito-tipo hace la petición de que la realización de la conducta ocurra en un momento determinado, o bien se refiere a la edad que debe tener el sujeto pasivo del delito.

Hablaremos de la exigencia de medios en aquellos casos en que el tipo de delito determina en forma expresa la manera de llegar a cometer el comportamiento delictuoso, detallando los medios que han de ser empleados en su ejecución, bien se trate de ciertos actos o de algún instrumento determinado.

Son referencias de lugar las que hace el artículo 235 del CPF en sus diferentes fracciones, al redactar el delito-tipo de falsificación y alteración de moneda, por ejemplo, fracción I: El que en la República falsifique o expenda moneda falsificada o introduzca en el extranjero moneda igualmente falsificada."

Para ejemplificar las referencias de tiempo emplearé el artículo 123 del CPF, delito-tipo de traición a la Patria, que en la fracción XV dice: "Cometa, declarada la guerra o rotas las hostilidades, sedición, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje o conspiración."

Si las referencias de tiempo aluden a la edad del sujeto pasivo, puedo mencionar como ejemplo el artículo 266 del CPF, delito-tipo de violación impropia: "Se equipara a la violación y se sancionará con las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años."

El artículo 325 del CPF, delito-tipo de lesiones y homicidio calificados: "Se entiende que las lesiones y el homicidio son calificados, cuando se cometan con premeditación, con ventaja, con alevosía o a traición," hace exigencia de los medios que el delincuente debe emplear.

Por cuanto hace a las referencias típicas de ocasión, son concebidas como aquellas situaciones especiales en que el bien jurídicamente tutelado se halla bajo un riesgo actual o inminente y que el sujeto activo aprovecha para llevar a cabo la realización de la conducta delictuosa.

Un ejemplo nos lo da el artículo 266 del CPF, que habla del delito-tipo de violación impropia: "Se equiparan a la violación y se sancionarán con las mismas penas, la cópula con persona... que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa."

(e) EL SUJETO ACTIVO.

Es la persona que realiza o interviene en la comisión de la conducta delictuosa como autor o en cualquier grado de participación, o bien, en calidad de cómplice. En otros términos, será aquel que realice o ayude a realizar los elementos típicos de la figura delictiva o auxilie al delincuente después de su comisión.

PORTE PETIT menciona: "El sujeto activo requerido por el tipo, es un elemento de éste, pues no se concibe un delito sin aquí, debiendo entenderse por sujeto activo, el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice." (520) REYES escribe: "Sujeto activo. Con este nombre se conoce al autor de la figura típica, también se lo llama agente, actor o sujeto agente." (521)

Si el delito-tipo no menciona una calidad determinada (natural, jurídica o profesional), estamos en presencia de un delito común o indiferente, en cambio si el delito exige hay un delito propio, especial o exclusivo. Cuando se requiere que intervengan dos o más sujetos activos es plurisubjetivo y si no se exige número, es monosubjetivo.

(520) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 432. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979

(521) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 137. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

A la primera de las modalidades mencionadas también se la conoce como "delito de participación necesaria." La petición del tipo de que el delito pueda ser realizado por una sola persona, no obsta para que puedan intervenir dos o más en la comisión de la conducta que tiene carácter delictuoso.

En los supuestos en que el delito haya sido ejecutado por dos o más personas, tiene que determinarse el grado de intervención de cada una en los hechos que motivaron el inicio de la relación procesal penal, su responsabilidad e individualizarle e imponerle a cada uno la punibilidad que le corresponde.

Cuando las peticiones típicas exigen la intervención de un número determinado de sujetos activos o ciertas cualidades naturales, jurídicas o profesionales y estas disposiciones no se llenan, darán lugar a una causa que origina la atipicidad e impide la integración del delito en el mundo jurídico.

Hay ocasiones en que la ausencia de un determinado número de sujetos activos no es eficaz para ocasionar una atipicidad total, sino de un determinado delito nada más, originando el fenómeno que es designado como "variación o traslación de tipo", al dar lugar a una calificación diversa.

Por ejemplo, en el delito de incesto, en donde se requiere de dos sujetos activos, que tengan conductas homogéneas encaminadas hacia el mismo fin, si uno de ellos fuese menor de doce años, la conducta delictuosa debe reputarse como violación impropia, a pesar del consentimiento.

Un ejemplo de delito con calidad en el sujeto activo, lo tenemos en el artículo 231 del CPF, que en su fracción I exige que los abogados, patronos o litigantes que no sean ostensiblemente patrocinados por abogados, aleguen a sabiendas hechos falsos, o leyes inexistentes o derogadas."

El artículo 280 del CPF, delito-tipo de violación a las leyes sobre inhumaciones o exhumaciones, en su fracción I enuncia: "Al que oculte, destruya o sequite un cadáver o un feto humano, sin la orden de la autoridad que deba dárla o sin los requisitos que exijan los Códigos Civil o Sanitario o leyes especiales", no requiere calidad para el sujeto activo.

Para ejemplificar el tipo con número de sujetos activos, ocuparé el artículo 272 del CPF, referente al delito-tipo de incesto: "se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes."

No menciona el número de sujetos activos el artículo 397 del CPF, delito-tipo de daño en propiedad ajena: "Se impondrán de cinco a diez años de prisión y multa de cien a cinco mil pesos, a los que causen incendio, inundación o explosión con daño o peligro de: I. Un edificio, vivienda o cuarto donde se encuentre alguna persona."

(f) EL SUJETO PASIVO.

En general, el sujeto pasivo, ofendido o víctima del delito es el titular del bien jurídico que tutela la ley penal, aunque en ocasiones no resulte cierta esta afirmación. En otros términos, podemos identificarlo con la persona sobre la cual recae la conducta criminosa desplegada por el agente.

BETTIOL indica: "En todo delito existen dos sujetos pasivos: Uno constante, esto es, el Estado-administración, que se halla presente en todo delito, por cuanto todo delito es violación de un interés público estatal; y uno eventual, dado por el titular de un interés concreto violado por la infracción y que se toma especialmente en consideración con motivo del caso del consentimiento del derecho-habiente, de la querrela, y de la acción civil que puede hacer valer en el curso del procedimiento penal." (522)

REYES explica: "Entiéndese por sujeto pasivo la persona titular del bien jurídico que el legislador protege en el respectivo tipo legal y que resulta afectada por el sujeto agente." (523)

(522) BETTIOL. Derecho Penal. Parte general, p. 610. Editorial Temis., Bogotá, 1965.

(523) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 143. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

FORTE PETIT concluye: "Ahora bien, ¿qué debe entenderse por sujeto pasivo? Es el titular del bien jurídico protegido por la ley." (524)

En ocasiones el sujeto pasivo y el objeto material se identifican y en otras no. Puede exigirse una calidad determinada para la persona ofendida o puede que no sea así. Lo mismo, puede determinarse el número de víctimas que deben tener intervención necesaria en la conducta delictuosa.

Quando se exige la calidad, el delito lo es de naturaleza personal y si no fuera así, será impersonal. En cuanto al número, si la potición es hecha en el sentido de que sean dos o más, será pluripasivo y si esto no se hace, estaremos ante la presencia de un delito monopasivo.

Importa determinar quién fue el ofendido por el delito, en los casos de acusación necesaria de la víctima o de sus legítimos representantes, que es identificada con la querrela, sin la cual no podrá iniciarse el procedimiento penal con la averiguación previa del delito o si se iniciare, resultaría improcedente.

También es preciso hacer esa determinación para el momento en que es impuesta la pena de compensación del daño, puesto que nos sirve para saber qué personas tienen derecho a promover lo conducente para determinar su monto y exigir su pago.

Ejemplo en el cual son identificados el sujeto pasivo y el objeto material lo es el artículo 336 del CPF, delito-tipo de omisión de los deberes de la subsistencia familiar: "Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a las necesidades de subsistencia..."

Como ejemplo de un delito en el que no se identifican el objeto material y el sujeto pasivo, tenemos al artículo 367, delito-tipo de robo: "Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley."

Para el delito-tipo con calidad determinada de sujeto pasivo, tenemos como ejemplo el artículo 189 del CPF, delito-tipo de conductas en contra de funcionarios o agentes de la autoridad. No exige calidad determinada en el ofendido el artículo 382 del CPF, delito-tipo de abuso de confianza.

Exige más de un sujeto pasivo el artículo 149 bis, delito-tipo de genocidio, dando lugar a un tipo pluripasivo. Por último, para ejemplificar el delito con una sola persona ofendida, tenemos el artículo 364 del CPF, delito-tipo de privación ilegal de la libertad, que origina un tipo monopasivo.

(g) EL OBJETO MATERIAL.

Doy el nombre de objeto material a la persona o cosa sobre la cual recae la conducta que puede ser constitutiva del delito. Como ya dije, en el inciso anterior, el sujeto pasivo y el objeto material pueden coincidir en determinados delitos y en otras ocasiones no será así.

FORTE PETIT expone: "También el objeto forma parte del contenido del tipo, pues es inconcebible éste sin aquél, pudiendo ser el objeto, jurídico o material". (525)

REYES expresa: "Entiéndase por objeto material aquello sobre lo cual se concreta la vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo y hacia el cual se orienta la conducta del agente." (526)

(524) FORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 441. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979
(525) FORTE PETIT, Op. cit., p. 442.
(526) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 148. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

PAVON VASCONCELOS dice: "Hecha la distinción entre el objeto jurídico y el material debe precisarse que en este inciso se hace referencia al segundo, sobre el cual recae la conducta, es decir, el objeto material o corporal de la acción." (527)

REYES distingue diversas clases de objeto material, a saber: a) Personal. b) Real. c) Fenomenológico. El primero lo es una persona física o moral, el segundo lo es una cosa y el tercero, el fenómeno jurídico, material o social. (528)

En el primer caso señala a manera de ejemplo, a la persona física o moral, viva o muerta, consciente o inconsciente. Para el segundo habla de cualesquiera de las cosas y en el tercer supuesto, no ilustra aludiendo a la integridad territorial de la República, a la enfermedad o a la votación pública. (529)

El ejemplo legal del objeto material nos lo brinda el artículo 399, delito-tipo de daño en propiedad ajena: "cuando por cualquier medio se causen daño, destrucción o deterioro de cosa ajena, o de cosa propia en perjuicio de un tercero, se aplicarán las sanciones del robo simple."

Para mostrar con un ejemplo los casos en que el sujeto pasivo y el objeto material coinciden, nos sirve el artículo 302 del CPF, en el cual se encuentra descrito el delito-tipo de homicidio: "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro."

(h) EL BIEN JURIDICO.

Es bien cierto que no podría existir un delito sin que con la conducta desplegada fuera atacado un bien jurídico que es objeto de la tutela penal, habida cuenta de que la función primordial del sistema jurídico es la de proteger los derechos fundamentales del individuo, de la sociedad y del Estado.

El bien jurídico es, en consecuencia, el valor fundamental que el legislador de lo penal ha querido acoger bajo el manto de protección del área jurídico-punitiva en cada uno de los delitos-tipo en particular y especiales, asociándole a la infracción una sanción en forma de pena o de medida de tratamiento especializado (capaces e incapaces).

Toda la construcción del sistema jurídico debe girar en torno a las manifestaciones fundamentales del Derecho, que son la base para la salvaguardia del statu quo de la sociedad y que son convertidas en bienes jurídicos cuando se acogen a su manto de protección, que tiende a garantizar su ejercicio justo e igualitario.

El catálogo de la normatividad jurídica-penal tiene la especial función de proteger con mayor energía esos valores, cuando la tutela que le brindan las otras áreas es insuficiente para favorecer su efectiva garantía y lo hace a través del ius puniendi, tomando como base la prevención general (coactividad) y la especial (coercitividad).

Con respecto a los bienes jurídicos, puede ser hecha la siguiente clasificación:

NO PENALES.		
PENALES EXCLUSIVOS:	INDIVIDUALES.	DISPONIBLES.
PENALES COMUNES:	COLECTIVOS:	SOCIALES. ESTATALES. NO DISPONIBLES.

(527) PAVON VASCONCELOS. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Parte General, p. 250. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

(528) REYES. *Derecho Penal*. Parte General. p. 148. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(529) *Idea*.

Al mismo tiempo, cada una de estas especies aceptan una subdivisión. (530) Ella puede atender a la vida, a la salud, a la libertad, a la propiedad y a la posesión, a la seguridad, al honor, etc. y nos sirve para agrupar a los delitos por familias de bienes jurídicos en los códigos penales, que es un sistema efectivo y técnico.

Para dar el ejemplo del bien jurídico de naturaleza no penal, tenemos el artículo 115 de la CPEUM, que establece el Derecho de los Estados de la Federación para adoptar su forma de gobierno, su división territorial, su organización política y administrativa en el Municipio Libre.

Un bien jurídico penal exclusivo lo tenemos en el artículo 302 del CPF, delito-tipo que protege la vida del individuo y lo es porque no hay algún otro orden jurídico que prohíba y sancione la privación de la vida, si bien es cierto que puede tener relación con las normas extrajurídicas.

El bien jurídico penal común con otras áreas de la misma naturaleza, lo es la posesión y la propiedad, que encuentra su regulación en las leyes civil, penal, de comercio, de la reforma agraria, constitucional, laboral, etc., las cuales lo protegen desde diferentes ángulos, encontrando la reacción punitiva solamente en el Código Penal.

El bien jurídico individual de naturaleza penal (común) lo encontramos en el artículo 265 del CPF, delito-tipo de violación, que recoge a la libertad sexual (cuando se trata de persona púber), relacionado con las disposiciones del CDFP relativas al matrimonio, en el cual se dice que la persona ha enajenado ese derecho y solamente puede ejercitarlo con su cónyuge.

Para el bien jurídico colectivo tenemos el artículo 131 del CPF, delito-tipo de motín, incluido en el Libro Primero, Título Primero, "Delitos contra la seguridad de la Nación", que prohíbe la reunión tumultuaria y la perturbación del orden público, la violencia sobre las cosas y la amenaza a la autoridad para intimidarla u obligarla a tomar una determinación.

Un ejemplo del bien jurídico colectivo social está en el artículo 150 del CPF, delito-tipo de evasión de presos, que protege la seguridad colectiva, tipificando y sancionando la conducta de favorecer la evasión de algún detenido, procesado o sentenciado, agravando la penalidad cuando se trata de su custodio o conductor.

Si queremos ejemplificar el bien jurídico-penal estatal (colectivo también) podemos utilizar las diferentes fracciones del artículo 123 de CPF, delito-tipo de traición a la Patria, el cual describe las diferentes formas de conducta que puede adoptar el traidor para cometerlo y atentar en contra de la seguridad de la Nación.

El artículo 365 del CPF nos habla de un bien jurídico disponible, cuando prevé como delito el apropiarse de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede otorgarlo legalmente, tutelando con ello a la propiedad, a la posesión y propiedad personales, que no son valores penales exclusivos.

En fin, el bien jurídico disponible está previsto en el delito-tipo de estupro, en el artículo 262 del CPF, que prohíbe la cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio del engaño. Este último requisito nos indica que el normal desarrollo biopsicosexual es indisponible.

(i) LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Estos son ingredientes esenciales y especiales en el delito-tipo. Se los ha llamado "elementos subjetivos del injusto" o "antijuridicidad especial tipificada." Con ellos está formada la parte subjetiva o final del tipo y están referidos a la intención, propósitos, motivos, impulsos y tendencias del agente, o bien a un elemento del juicio cognitivo.

(530) INFRA. ADENDDA. Un proyecto de Legislación. El catálogo de Normas Penales para los Estados Unidos Mexicanos. Inciso (A) La Obra. Número (223) La Estructura del Protecto. Aquí he tomado como base la clasificación de los bienes jurídicos individuales, sociales y estatales y sus subdivisiones.

Serán de carácter general, cuando no hagan mención expresa de la intención con la cual el agente debe dirigir su conducta; es decir, que lo mismo podrían ser cometidos con intención directa (dolo), indirecta (culpa) o mixta (pre-intencionalidad), en cualesquier de sus grados. Pueden ser expresas o tácitas.

Cuando requieren de una determinada forma de intención (dolo específico), serán elementos subjetivos especiales y solamente aceptarán la intención directa (dolo directo) en su comisión. Estos sí deben estar claramente expresados en el delito-tipo y ser abarcados por la voluntad de concreción del sujeto activo, porque si no, dan lugar a una causa de atipicidad.

Como ya indiqué, a los elementos subjetivos especiales se los ha llamado en la doctrina tradicional del delito "elementos subjetivos del injusto" y MEZGER los gusta de conceptuar como: "Características subjetivas, es decir, situadas en el alma del autor." (531) Son una forma de concretar la antijuridicidad de la conducta. (532)

Otra clase de requisitos subjetivos del delito-tipo, la tenemos en los elementos del juicio cognitivo que, según MEZGER, son las características típicas sobre las cuales recae un determinado juicio con arreglo a la experiencia y al conocimiento que ésta proporciona. (533) Esto es, que requieren un proceso intelectual para ser integrados.

Para ejemplificar al elemento subjetivo general enunciado en forma tácita, tomemos al delito-tipo de homicidio, previsto en el artículo 302 del CPF, que no requiere de una forma de intención especial y lo mismo puede ser cometido con intención directa (dolo), indirecta (culpa) o mixta (pre-intencionalidad), en cualesquiera de sus formas.

El artículo 357 del CPF, referido al delito-tipo de robo requiere de un elemento subjetivo especial, aun cuando no está mencionado en el tipo, que lo es el ánimo de obtener el resultado con el numeral 380 del mismo ordenamiento que tipifica al "robo de uso". Si llegase a faltar esa intención específica, se presentaría una causa de atipicidad.

El ejemplo del elemento subjetivo del juicio cognitivo estimo que se encuentra en el artículo 400 fracción I, que nos habla de que con ánimo de lucro (elemento subjetivo especial) y sin haber participado en el delito, adquiera, reciba u oculte el producto de aquél a sabiendas de esa circunstancia, cuando tipifica el delito de encubrimiento.

(j) LOS FACTORES PARA LA VALORACION.

Más que elementos contenidos en el delito-tipo de manera expresa, los factores para la valoración son reglas para adecuar la conducta y todos sus elementos a los requisitos que exige un tipo de delito determinado o bien, para valorar algunos de sus componentes, referidos a las peculiaridades del sujeto pasivo, al objeto material o al bien jurídico.

En un primer plano podemos ubicar a los elementos normativos, que son reglas de valoración jurídica o cultural, necesarias para integrar alguno de los componentes del tipo de delito de que se trata en cada uno de los casos concretos que se nos presentan en la realidad fáctica. Para comprenderlos se requiere de un conocimiento previo de la materia jurídica y de la cultura en general en la persona que realiza la valoración.

Son elementos normativos susceptibles de ser valorados a la luz de la esfera jurídica, referidos al sujeto activo y a la cosa, los que contiene el artículo 214 del CPF, delito-tipo de ejercicio indebido del servicio público, al mencionar a esta función y al servidor que la realiza.

(531) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. p. 372. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946.

(532) Cfr. MEDINA HERNANDEZ. La antijuridicidad. Problema Capital del Derecho. Trabajo de investigación. Concurso internacional de investigación jurídico-penal para el Estado de Durango. México, 1984.

(533) MEZGER. Op. cit. P. 374.

Un elemento normativo de valoración jurídica relacionado con el objeto material está contenido en el artículo 367 del CPF, delito-tipo de robo, que nos habla de una "cosa", "ajena", "mueble", para lo cual tendramos que recurrir a la clasificación de los bienes que es hecha en la ciencia jurídico-civil. Con relación a la conducta, tenemos el "apoderamiento", que es, también, parte de esa normatividad jurídica.

Es un elemento normativo de valoración cultural en atención al sujeto pasivo, el requisito que exige el artículo 262 del CPF, delito-tipo de estupro, que pide que la mujer con la cual se copula sea casta y honesta, puesto que son las reglas de cultura las que nos van a indicar qué personas del sexo femenino pueden tener estas cualidades.

El ejemplo de un elemento normativo de valoración cultural dirigido a la conducta, lo es el que pide el artículo 260 del CPF, delito-tipo de atentados al pudor, que habla de un "acto erótico-sexual", para integrar la conducta constitutiva de tal delito y sin él, habrá una causa de atipicidad que anula al ente en el mundo jurídico-penal.

De los elementos normativos de valoración cultural que aluden al sujeto activo, encontramos en el artículo 341 del CPF, delito-tipo de abandono de atropellados, la mención del automovilista, motorista, jinete, ciclista o conductor de un vehículo cualquiera, que nos sirve para proporcionar un ejemplo adecuado.

Como todos los requisitos del tipo y los demás componentes de los elementos del delito, los ingredientes normativos de valoración jurídica y cultural, tienen que ser probados y comprobados en el momento procesal oportuno y son objeto de una valuación exhaustiva de las autoridades ministerial y judicial, porque su ausencia provoca la inexistencia del ente jurídico.

De los otros rectores para la valoración ya les he hablado, (534) y con ellos hice alusión a las exigencias típicas que precisan de una conducta, una tipicidad, una antijuridicidad y una culpabilidad expresamente dirigidas a la comisión del tipo de delito de que se trata en cada caso concreto, sin los cuales no podrá mencionarse a su integración jurídica.

Regulan el proceso de la valoración jurídica que es realizado por las autoridades ministerial y judicial, en el momento en que proceden a la prueba y comprobación de la existencia del delito y de la responsabilidad. Todos ellos van dirigidos a la manera ideal de llegar a declarar la existencia de un delito determinado y de la responsabilidad del sujeto pasivo de la relación procesal-penal.

El ejemplo lo encontramos en cualesquiera de las disposiciones de la parte especial del CPF, mencionaremos al artículo 367, delito-tipo de robo. Sin una conducta, una tipicidad, una antijuridicidad y una culpabilidad de apropiarse de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de quien legalmente puede otorgarlo, no existiría el delito de robo, aun cuando fuese robada la responsabilidad.

Es muy claro que no podemos estar en presencia del robo, cuando haya una conducta de fraude, una tipicidad e extorsión, una antijuridicidad de abuso de confianza y una culpabilidad de peculado, por ejemplo, a pesar de que con todas estas figuras intenta protegerse a la posesión y propiedad personales y mucho menos podríamos aplicarle la punibilidad de la administración fraudulenta.

Es que en realidad, el delito-tipo es el parámetro legal al cual deben adecuarse y conformarse todos los elementos que integran la conducta el mundo de los hechos y contiene la regulación de cada uno de ellos calificativos jurídicos que deben añadirse para que llegue a conformar un delito determinado.

Parece ser que el principio de legalidad que intenta salvaguardarse con la descripción del delito-tipo parece extenderse más allá del *nulla crimen nulla poena sine lege*, en virtud de que si el modelo legal debe contener la mención tácita o expresa de todos los elementos del delito de acción se amplía a todos ellos.

(534) SUPRA, Sección Segunda. Capítulo Segundo. Inciso (B) Número (116) La tipicidad en el causalismo.

Tal vez sería válido expresar: *Nullum crimen, nulla conducta, nulla tipicidad, nulla antijuridicidad y nulla culpabilidad sine typo* o más concretamente: No hay delito, responsabilidad ni pena, si no fueron llamadas todas las peticiones que hace el delito-tipo y no llegaron a probarse y comprobarse los elementos del delito, a través de los resortes para la valoración.

La influencia de los resortes para la valoración, como elementos típicos, adquiere más importancia todavía, cuando habremos de referirnos a las modalidades de delitos (*delistypus* accesorios, como los llamaba VON BELING), que también deben reunir cada uno de los componentes de los elementos del delito para quedar integrados en el momento de la valoración jurídica. (535)

(K) LA PUNIBILIDAD.

Es bien cierto que a nadie se le ocurriría decir que la punibilidad es un elemento típico, más también lo es que yo no me estoy refiriendo tan solo a ellos, sino a un aspecto mucho más amplio, que lo es el delito-tipo; del cual forman parte los componentes objetiva o causal y subjetiva o final, con esta última que es la que regula a la sanción.

Podríamos llamarla la "parte sancionadora" del delito-tipo, que está formado por un proceso y una sanción, como cualesquiera de las normas que regulan conductas. El primero está identificado con el tipo de delito o modelo legal de la conducta delictuosa, y la segunda debe ser entendida como la punibilidad o abstracción de las sanciones penales.

Acerca de la punibilidad ha sido desarrollada la teoría general de las sanciones penales, que se ocupa de tratar todos sus aspectos y a la cual he dedicado un capítulo especial; por lo tanto, aquí solamente la mencionaré como uno de los elementos que integran al delito-tipo y abundaré lo más que pueda en el inciso pertinente. (536)

Baste decir que la punibilidad contiene los términos mínimo y máximo de las sanciones aplicables a cada figura de delito y que la que debe imponerse en cada una de sus modalidades debe ser obtenida relacionando el precepto de la parte especial con las disposiciones de la parte general, en virtud de que la primera es la del delito básico: Consumado, doloso, cometido por persona imputable.

(128) LA CLASIFICACION DEL DELITO EN ORDEN AL TIPO.

Al tomar en consideración el delito-tipo en el cual están descritas cada una de las conductas que son reguladas por el mundo de la normatividad jurídico-penal, puede hacer la siguiente clasificación del delito:

DELITO-TIPO:

- a) Fundamental o básico.
- b) Especial.
- c) Autónomo o independiente.
- d) Formulación libre.
- e) Formulación casuística.
- f) Formulación alternativa.
- g) Formulación copulativa.
- h) Común o indiferente.
- i) Propio o exclusivo
- j) Monosubjetivo.
- k) Plurisubjetivo.
- l) Personal.
- m) Impersonal.
- n) Monopasivo.
- o) Pluripasivo.
- p) Normal.
- q) Anormal.
- r) Simple.
- s) Complejo.

(535) *Idem.*

(536) *INFERA.* Sección cuarta. La nueva estructura de las sanciones penales. La teoría general de las sanciones penales.

- t) Delitos-tipo y circunstancias.
- u) Delito-tipo y dispositivos que lo amplían.
- v) Ejemplos legales tomados del CPF con respecto a la clasificación del delito-tipo.

(a) EL DELITO-TIPO FUNDAMENTAL O BASICO.

Le doy este nombre al delito-tipo que no precisa para su existencia de algún otro modelo típico penal o extrapenal, es decir, que para poder cobrar vida no dependen de otra figura delictiva. Es más, hay algunos tipos de delito que necesitan de ella para poder llegar a ser, como dicen MEZGER y REYES forman la espina dorsal de la parte especial, puesto que sirven de sostén a otra clase de delitos. (537)

JIMENEZ HUERTA opina que en un tipo básico cualquier lesión del bien jurídico que en él se encuentra tutelado, nos basta para que podamos llegar a integrar a ese delito. (538) Según PORIE PETIT: "Tipo básico es aquél que no deriva de tipo alguno y cuya existencia es independiente a la de cualquier otro tipo." (539)

MAGGIORE estima que el tipo fundamental es aquel que en su descripción normativa se nos presenta con su puro modelo legal, sin más características que los *essentia delicti* (elementos esenciales). (540) Para NOVOA MONREAL, en su contenido poseen una descripción que funciona como basamento para la existencia de otros tipos de delitos. (541)

En fin, REYES dice: "Son aquellos en los que se describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano y, por esa razón, se aplica sin sujeción a ningún otro. Por lo regular estos tipos encabezan cada uno de los capítulos del código y constituyen su espina dorsal." (542)

(b) EL DELITO-TIPO ESPECIAL.

Esta clase de tipos de delito se diferencia del fundamental porque para poder existir requieren de la previa presencia de aquél. Si queremos hablar de él, es preciso agregarle al tipo básico un requisito extra, en relación con el sujeto, con el objeto, con los medios o alguna modalidad de la conducta.

Ese requisito nos va a servir para agravar o atenuar la sanción, aunque no es una circunstancia, sino que va a formar parte de los elementos del tipo y la conducta delictiva que es integrada de esta manera adquiere plena autonomía y va a formar un delito-tipo diferente, hasta en su denominación.

Atendiendo a esto, podemos completar que el delito-tipo especial es agravado, si el nuevo elemento típico nos sirve para aumentar la punibilidad del delito básico; en hipótesis contraria, será atenuado, cuando el requisito que le es agregado tiene como fin el de disminuir la sanción prevista.

En la técnica jurídico-penal que es utilizada en los códigos y en los proyectos, suele ser redactado en primer lugar el tipo fundamental o básico y enseguida de él, se procede a incluir a los delitos-tipo especiales cualificados y después a los privilegiados. Funcionan en razón del bien jurídico tutelado.

(537) MEZGER. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. p. 377. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946. REYES. *Derecho Penal*. Parte General. p. 152. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(538) JIMENEZ HUERTA. *La Tipicidad*, p. 97. Editorial Porrúa, S.A., México 1955.

(539) PORIE PETIT. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. p. 448. Editorial Porrúa, S.A. México, 1979.

(540) MAGGIORE. *Derecho Penal*. Tomo I, p. 292. Editorial Temis. Bogotá, 1954.

(541) NOVOA MONREAL. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Tomo I, p. 324. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1960.

(542) REYES. *Derecho Penal*. Parte General. p. . Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

PAVON VASCONCELOS considera que "los tipos especiales se forman con elementos del tipo básico, a los cuales se les agregan nuevas características, de tal manera que el tipo nuevo así surgido, comprensivo del anterior con el cual se integra, adquiere vida propia e independiente, sin subordinación al tipo básico." (543)

En la opinión de REYES: "Son especiales aquellos tipos que, además de los elementos propios del básico, contiene nuevos que modifican requisitos previstos en el tipo fundamental; por eso se aplican con independencia de éste." (544)

En fin, PORTE PETIT es de parecer de que "en contraste con el delito fundamental básico existe el tipo especial, que se forma autónomamente, agregándose al tipo fundamental otro requisito." (545) Así, al aparecer un tipo especial, surge a la vida jurídica un nuevo delito-tipo con plena independencia del tipo fundamental o básico.

(c) EL DELITO-TIPO AUTÓNOMO O INDEPENDIENTE.

Recibirá este calificativo todo delito-tipo que tenga vida por sí mismo, esto es que existe con independencia de las demás figuras de delito de la parte especial de los códigos penales o de las normas penales especiales. En este orden de ideas, cualquier tipo penal o extrapenal resulta con autonomía o independencia.

Así lo acuerda PORTE PETIT al decirnos: "¿Cuáles tipos tienen autonomía? Nosotros pensamos que tanto los tipos fundamentales o básicos, como los especiales (sean calificativos o privilegiados), son autónomos tienen absoluta independencia." (546)

REYES es de parecer de que "son tipos autónomos todos aquellos que describen un comportamiento al cual puede aducirse directa e inmediatamente la conducta del autor, sin que el intérprete deba acudir al mismo o a otro ordenamiento para completar su significado." (547)

PAVON VASCONCELOS diferencia entre tipos autónomos y subordinados. "Los primeros no hacen necesidad de ningún otro tipo para tener existencia o vida propia." (548) JIMENEZ DE ASUA dice que para él los tipos especiales en stricto sensu adquieren relativa independencia por tener una descripción completa en el tipo específico. (549)

Para MEZGER también el delito especial es independiente en forma relativa, porque: "Se habla de un delictum sui generis en contraste al delito básico simplemente cualificado o privilegiado cuando, teniendo en cuenta el sentido y la conexión de los demás artículos de la ley, la causa de agravación o atenuación, es utilizada para formar un hecho punible nuevo, independiente; pero en estos casos y desde el punto de vista del sistema, sólo hay en verdad una simple modificación del tipo básico; pero jurídicamente surge un nuevo delito que posee relativa independencia." (550)

Soy de la idea de que cuando un delito-tipo fundamental o básico hace hacer a otro especial cualificado o privilegiado, ambos giran sobre el mismo verbo regulador y por lo tanto, la nueva figura delictiva debe adquirir plena autonomía, puesto que solamente le serán agregados determinados elementos que la primera no contiene.

(543) PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 257. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

(544) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 148. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(545) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 448 y 449. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(546) Idem.

(547) REYES. Op. cit., p. 152

(548) PAVON VASCONCELOS. Op. cit., p. 285.

(549) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo III., p. 909. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1956.

(550) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. p. 378. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946.

Si están bien redactados en los dos debe ser expresada la conducta que va a regularse, sin que se haga depender al tipo especial del privilegiado; no debe ser, como dice por ejemplo el parricidio, el homicidio del pariente, sino la privación de la vida del pariente y así, el nuevo tipo surgirá con plena autonomía o independencia.

(d) EL DELITO-TIPO DE FORMULACION LIBRE.

En aquella figura legal del delito en la que su descripción no determina en forma expresa la manera en que debe ser producido el resultado típico así, para realizarlo puede ser utilizado cualquier medio que resulte idóneo para tal efecto, sin que pueda surgir una atipicidad por ello.

La situación de que no esté delimitado en forma expresa el medio que debe emplearse en la comisión de la conducta delictuosa no implica que no pueda existir un límite, puesto que la actividad o inactividad sólo podrán ser producidas con los medios adecuados, porque si no estaríamos ante una hipótesis de la tentativa imposible.

Como dice FORTE PETIT: "Por tanto, la formulación libre termina, en tanto la actividad (falta referirse a la inactividad) no es apropiada para producir el resultado, y consecuentemente, no hay delito de formulación libre absoluta." (551)

PAVON VASCONCELOS escribe: "Los tipos de formulación libre son aquellos en los cuales se describe, en forma general, la conducta o el hecho delictivos, de tal manera que en su amplia fórmula pueden comprenderse multitud de variedades con fisonomía común." (552)

Para PANNAIN, el delito lo es de formulación libre cuando la actividad productora del resultado típico no está descrita y determinada en la norma penal que detalla la conducta delictiva." (553)

Según ANIOLISEI, el delito que no tiene una formulación casuística es aquel que puede ser realizado por el sujeto con cualesquiera de sus actividades que produzcan el resultado determinado; figuras descritas legalmente en términos puramente casuales. (554)

FORTE PETIT concreta así: "Tipo de formulación libre es aquel en que no se señala en forma casuística la actividad productora del resultado típico, pudiéndose con cualquier medio idóneo producirse o realizarse el núcleo contenido en el tipo." (555)

En conclusión, el delito-tipo de formulación libre se dedica en forma exclusiva a hacer la descripción legal de la conducta que ha de ser considerada como delictuosa, y el resultado jurídico y material podrá ser producido con cualquier instrumento, acción u omisión que resulte ser la adecuada para lograrlo y ello lo diferencia de los tipos de formulación casuística.

(e) EL DELITO-TIPO DE FORMULACION CASUISTICA.

A esta clase de delitos-tipo también puede llamárselos tipos vinculados. A diferencia de los delitos de formulación libre, en las figuras delictuosas de formulación casuística, exigen determinados medios para producir la conducta o el resultado típicos, bien sea en conductas o en instrumentos.

La ley delimita cuáles serán las maneras de llegar a producir la violación a la norma y para que exista la tipicidad en la figura delictiva que se detalla es necesario cumplir con ese requisito legal, so pena de llegar a una de las hipótesis de atipicidad, que dan lugar a la inexistencia del delito.

(551) FORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 452. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(552) PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 259. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974

(553) PANNAIN. Manuale di Diritto Penale, p. 200. Roma, 1942.

(554) ANIOLISEI. Manuale di Diritto Penale, p. 190., Milano, 1955.

(555) FORTE PETIT. Op. cit., p. 452.

"Pensamos --nos dice FORDE PETIT-- que por tipo casuístico o vinculado debe entenderse aquel en los que se señala casuísticamente la conducta productora del resultado típico." (556) En cambio, PAINAIN opina que en ellos el legislador con mayor o menor precisión describe el modelo legal, la actividad ejecutiva, la cual está determinada en especie y elementos (557)

ANTOLISEI llama delitos de forma vinculada, aquéllos en los que la ley ha descrito de manera detallada la actividad productora del resultado, o sea el modelo externo del delito está totalmente dibujado en el tipo por el creador de la ley. (558) También puede llamarse delito-tipo de medios legalmente limitados.

(f) EL DELITO-TIPO DE FORMULACION ALTERNATIVA.

Esta clasificación del delito-tipo se da cuando la figura legal describe una o más conductas prohibidas o prescritas, uno o más elementos normativos o subjetivos, o bien uno o más medios para producir el resultado típico. Basta para que se configure el delito la realización de una sola de las hipótesis señaladas, a las que se las separa con una letra "o".

En cuanto a la conducta, tenemos que pueden presentarse los siguientes supuestos: 1. Más de una conducta activas. 2. Más de una conducta omisivas. 3. Más de una conducta activas u omisivas. La realización de una sola de ellas da lugar a la tipicidad del delito de que se trate en cada caso concreto.

Por lo que se refiere a los medios, estos pueden ser la violencia física o moral, la seducción o el engaño, incendios, minas, explosivos, insultos degravados, por ejemplo. En atención a los elementos subjetivos podemos hablar de la satisfacción de un deseo erótico o del fin matrimonial, etc.

Vamos a notar que la diferencia de los tipos de formulación libre o casuística, los tipos alternativamente formados pueden estar referidos a la conducta, a los medios, a los elementos subjetivos o a los componentes normativos. En los otros el detalle legal adquiere tan sólo connotación con los medios y no con la conducta.

Aun cuando los descoliantes tratadistas que cité en el inciso anterior se pronuncian por la hipótesis contraria, no puede decirse que haya un tipo de formulación libre en cuanto a la conducta, porque hasta donde yo sé todos los delitos deben tener su forma de comportamiento legalmente limitada o por lo menos, muy casuísticamente enunciada.

Los tipos abiertos con relación a la conducta, vulneran el principio "nullum crimen sine lege stricta" (no hay delito sin ley estricta). Sería incongruente decir por ejemplo, "comete del delito de homicidio el que realice cualquier conducta activa", es necesaria la limitación.

Caso diverso lo es cuando no esté señalado el medio para producir la conducta o el resultado, diciendo "comete el delito de homicidio el que priva de la vida" y basta con que el agente haga uso de un medio cualquiera que sea adecuada para provocar la muerte, inclusive por medio de una acción o una omisión.

Todos los delitos-tipo sean de formulación libre o casuística indican en forma expresa la conducta o el hecho que deben ser realizados, no hay una "media cópula" o unos "tres cuartos de lesiones", por ejemplo. Una situación muy diferente lo es cuando la petición no es en el sentido de que tenga que realizarse por medio de una actividad o inactividad.

Así, tenemos que concluir que la acción y la omisión también son medios de llegar a la concreción de la conducta o del resultado que el tipo prevé como delictuosos, tal como lo serían la violencia física o moral, *verbi gratia*. También los instrumentos pueden ser formulados libremente, como cuando se mencionan las armas prohibidas.

(556) FORDE PETIT. *Apuntamientos de La Parte General de Derecho Penal*. p. 441. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979

(557) PAINAIN. *Manuale di Diritto Penale*, p. 201. Roma, 1942.

(558) ANTOLISEI. *Manuale di Diritto Penale*, p. 190., Milano., 1955.

En lo que toca a los propósitos casuísticamente limitados, como en el ejemplo del rapto, que pide la satisfacción de un deseo erótico o el matrimonio, tampoco la conducta puede ser realizada con cualquier actividad, como dice ANTOISEI, (559) sino nada más mediante el apoderamiento de la persona, por medio de la sustracción o la retención.

Es muy diferente decir que los propósitos están casuísticamente limitados y a la vez se presentan en forma alternativa (fin erótico o matrimonial) y que los medios para llevar a cabo el apoderamiento pueden ser la sustracción o la retención (actividad o inactividad), a hacer la afirmación de que la conducta es de formulación libre.

En síntesis, los tipos alternativamente formados pueden ser con relación a la conducta, a los medios para llevarla a cabo, a los elementos subjetivos o a los normativos. Los tipos de formulación libre o casuística pueden estar referidos a los medios, a los componentes subjetivos o normativos.

(g) EL DELITO-TIPO DE FORMULACION COPULATIVA.

Un delito-tipo se llama acumulativamente formado cuando las conductas que describir están previstas en forma conjunta, asimismo los medios, los elementos o normativos. Para la integración del delito es necesario que todas sean realizadas, empleados o que concurren.

PORTE PETIT estima que "el tipo es acumulativamente formado cuando las conductas o hechos que contiene están previstos en forma acumulativa." (560) También pueden hacer referencia a otros elementos, del tipo, como cuando piden que la mujer sea casta y honesta o que la cosa sea ajena y mueble, por ejemplo.

Puedo entrever los siguientes supuestos de delitos-tipo acumulativamente formados en cuanto a las conductas: 1. Por acciones. 2. Por omisiones. 3. Por acción y omisión. 4. Por omisión y acción. Se podría hacer alusión a conductas completas o a inactividades y actividades como medios.

(h) EL DELITO-TIPO COMUN O INDIFFERENTE.

Esta clasificación del delito se da con relación a los sujetos activos de la conducta delictuosa, cuando su calidad personal es indeterminada. Es decir que no se exige que el agente del delito tenga peculiaridades específicas sean naturales, jurídicas o acordadas con alguna profesión.

REVES expone: "Llámanse tipos de sujeto activo indeterminado, aquellos en los que no se exige ninguna condición especial para ejecutar la conducta en ellos descrita; para referirse a tales sujetos el legislador suele emplear palabras como el qué o quién." (561)

(i) EL DELITO-TIPO PROPIO, ESPECIAL O EXCLUSIVO.

También esta calificación del delito-tipo ha sido hecha atendiendo al agente activo de la conducta tipificada, el cual debe reunir una cualidad específica para poder realizarlo y que en caso de que no concorra, da lugar a una hipótesis de atipicidad y a la negación del ente jurídico en el ámbito punitivo.

REVES dice: "Por tipo de sujeto activo cualificado se conocen los que requieren del sujeto agente una calidad o categoría, sin la cual la conducta no es típica o se adecúa a otro tipo penal." (562) La inclusión de esta cualidad da lugar a un delito-tipo propio, especial o exclusivo.

Si esta peculiaridad en el sujeto es natural está vinculada a la edad, al sexo, a la maternidad, al embarazo, etc. En caso de que sea jurídica la podemos relacionar con la calidad de funcionario, empleado público, pariente, etc. y si fuera profesional, con la de médico, abogado, litigante, etc.

(559) ANTOISEI. *Manuale di Diritto Penale*, p. 190., Milano., 1955.

(560) PORTE PETIT. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. p. 461. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(561) REVES. *Derecho Penal*. Parte General. p. 148. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(562) *Idem*.

(j) EL DELITO-TIPO MONOSUBJETIVO.

Está relacionado con el número de sujetos activos que intervienen o pueden intervenir en el delito. En el supuesto de que el delito-tipo en sus peticiones legales exija un solo agente o la conducta delictuosa se ejecute por uno solo, dará lugar a que se lo clasifique como monosubjetivo.

El hecho de que el delito-tipo requiere un solo sujeto activo o no haga una exigencia en cuanto al número, no obsta para que la conducta delictuosa sea cometida por dos o más individuos y entonces nos encontraremos ante una de las hipótesis de participación o concurso de personas en el delito.

(k) EL DELITO-TIPO PLURISUBJETIVO.

Esta clasificación está relacionada con el número de sujetos activos que intervienen o pueden intervenir en el delito, al igual que la anterior. Los requisitos típicos pueden pedir que la conducta sea realizada por más de una persona y entonces hablaremos de un delito plurisubjetivo.

Cuando en la descripción del tipo de delito forzosamente exige que la realización de la conducta o del resultado sea producto de la voluntad de más de un agente activo, estaremos frente a un tipo plurisubjetivo o de participación o coautoría necesaria.

(l) EL DELITO-TIPO PERSONAL.

Esta clasificación del delito es obtenida en relación a la calidad que debe tener el sujeto pasivo del delito o víctima, como lo llama la criminología. El tipo es personal cuando la norma señala en forma casuista alguna cualidad que debe reunir la persona afectada por la conducta delictuosa.

Como en el delito-tipo propio o exclusivo, la cualidad requerida por la ley puede ser de carácter legal, natural o profesional. Los ejemplos pueden ser idénticos a los que di en el momento en que hablé de esta clasificación del delito-tipo, atendiendo al sujeto activo. (563)

(m) EL DELITO-TIPO IMPERSONAL.

Se trata de la calificación opuesta a la anterior, puesto que en este delito-tipo la ley no hace el requerimiento de que el sujeto pasivo, ofendido o víctima del delito tenga una cualidad determinada y podrá serlo cualquiera que sea el titular del bien jurídico tutelado o quien lo tenga bajo su guardia y custodia.

(n) EL DELITO-TIPO MONOPASIVO.

Estamos ante la presencia de una clasificación del delito-tipo monopasivo, cuando la figura legal exige que solamente sea una la persona que resulte ofendida por la conducta delictuosa. Esto es, que como se trata de un bien jurídico de carácter individual o personal, solamente una persona podrá reunir la calidad de víctima.

(ñ) EL DELITO-TIPO PLURIPASIVO.

Esta es la hipótesis que resulta ser contraria a la anterior; hay ocasiones en que el bien jurídico pertenece a varias personas, o sea que es individual (social o estatal); por ese motivo, cuando el agente despliega su conducta, lesiona con ella a un grupo racial, étnico o religioso, etc.

(o) EL DELITO-TIPO NORMAL.

Pertenece a esta clasificación aquel delito-tipo cuya descripción ha sido hecha en tanto en cuanto a ciertos objetivos y nada más, y prescindiendo toda clasificación que puede tener características subjetivas o normativas, es decir que atiende únicamente al aspecto material del delito.

Para JIMENEZ DE ASUA, los tipos normales son: "Aquellos que se integran con elementos objetivos, de aprehensión cognoscitiva material." (564) Básicamente se complementan con la definición del verbo regulador que guía al delito, por ejemplo, privar de la vida, dejar de transmitir un mensaje, etc.

(p) EL DELITO-TIPO ANORMAL.

A contrario sensu de los tipos normales, en la descripción de los delitos-tipo anormales encontramos que existen elementos subjetivos o normativos, o bien ambos. Como que estos son modelos de delito más completos, aunque la protección al bien jurídico se ve restringida, al contener un mayor número de requisitos típicos.

JIMENEZ DE ASUA dice que los tipos anormales incluyen elementos normativos y subjetivos, cuyo conocimiento implica que el juzgador tenga que realizar un juicio valorativo. (565)

El delito-tipo anormal puede estar integrado de las siguientes maneras: 1. Con elementos objetivo y normativo. 2. Con elementos objetivo y subjetivo. 3. Con elemento objetivo, subjetivo y normativo. Es posible que contenga uno o más de ellos, atendiendo a las clasificaciones que di con anterioridad.

(q) EL DELITO-TIPO SIMPLE.

Esta modalidad de los delitos-tipo tiene existencia cuando el legislador ha querido incluir en el marco de explotación de la norma jurídico-penal la tutela de un solo bien; aunque en él se describan varias formas de conducta, se está amparando con ellas a un sólo valor, aunque sea en forma más amplia.

REYES explica: "Con el nombre de tipos simples o mono-ofensivos se conocen aquellos en los que el legislador quiso tutelar un solo bien jurídico." (566) Me parece que no son sinónimos los que emplea este autor, porque el hecho de que el tipo tuteló un solo bien jurídico no implica que acepte una sola ofensa.

JIMENEZ HUERTA puntualiza: "Algunos tipos de delitos tutelan, contemporáneamente, no uno sino dos o más bienes jurídicos. Así, por ejemplo, en el artículo 397 del Código Penal no solamente se tutela el patrimonio frente a los daños que puedan afectarle, sino también la seguridad pública ante los graves estragos que puedan causarse mediante incendios, inundación o explosión. Los tipos de delito que tutelan un solo bien jurídico se denominan simples, complejos, los que tutelan dos o más bienes jurídicos." (567)

(r) EL DELITO-TIPO COMPLEJO.

Estamos en presencia de la calificación del delito-tipo complejo cuando la tutela penal que brinda la descripción de la norma alcanza a dos o más bienes jurídicos. En este caso debe ponerse atención para descubrir cuál de ellos pondera, para ubicar al delito en la ley penal y hacer su respectiva clasificación.

REYES es de opinión que "complejos o pluriofensivos se llaman, en cambio, los tipos que pretenden amparar simultáneamente varios bienes jurídicos; quien realiza la conducta en ellos prevista, afecta, pues, al propio tiempo, una pluralidad de intereses." (568)

REYES añade las siguientes formas de tipos: a) Tipos en blanco. b) Tipos cerrados. c) Tipos abiertos. d) Tipos completos. e) Tipos incompletos. (569) Son tipos en blanco aquellos en los cuales la conducta no está integralmente descrita y el legislador remite al mismo u otro ordenamiento, para integrarla.

(565) JIMENEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*. p. 281. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1930.

(566) REYES. *Derecho Penal. Parte General*. p. 155. Universidad del Externo de Colombia. Bogotá, 1984.

(567) JIMENEZ HUERTA. *La Tipicidad*, p. 97. Editorial Porrúa, S.A., México 1955.

(568) REYES. *Op. cit.*, p. 155

(569) REYES. *Op. cit.*, p. 153, 154 y 159.

Si la descripción de la conducta es escueta o tan sólo es mencionado su resultado, sin enunciar circunstancias o modalidades del comportamiento, estamos frente a un tipo abierto. Será un delito-tipo cerrado el que haga la exigencia de esas circunstancias de ejecución o modalidades de la conducta. (570)

El tipo es completo cuando señalen la conducta y en el mismo artículo de la ley determinan la punibilidad que debe imponerse por su comisión. En el supuesto de que falte la sanción o la descripción de la conducta típicas, estaremos frente a un tipo de delito incompleto, que puede ser sancionatorio o preceptivo, según el caso. (571)

(c) LOS DELITOS-TIPO Y LAS CIRCUNSTANCIAS.

En general, los autores penalistas estiman que las circunstancias particulares del delito dan lugar a una clasificación autónoma del ente jurídico, aunque no a una figura independiente, sino a un delito-tipo circunstanciado o complementado, con una variante que lo es la presunción legal de pleno derecho en algunos casos.

En estos delitos-tipo es necesaria la previa existencia de un tipo autónomo o independiente, a cuya descripción le es agregada una circunstancia que servirá para agravar o atenuar la penalidad, en relación con las modalidades de la conducta, las características del objeto, las peculiaridades del sujeto o la naturaleza de los instrumentos.

Estimo que no llegan a formar un delito autónomo, a pesar de que están contenidas en un artículo de la ley o norma diferente al del tipo de delito al que se subordinan, porque por sí solas no son algo y siempre necesitan de ese modelo para subsistir en torno a él, cualificándolo u otorgándole un privilegio.

En el proceso de la valoración jurídica del ente penal, es necesario que previa la existencia del delito que se halla descrito en el tipo a complementar y la responsabilidad de la persona, para después proceder a relacionarlo con la circunstancia y que sus efectos se reflejen en la solitud e imposición de la pena.

REYES tiene la siguiente opinión: "Llámanse subordinados o complementados los tipos que, refiriéndose a uno básico o especial, señala las determinadas circunstancias o aspectos que califican la conducta, los sujetos o el objeto descrito por estos; por esa razón no pueden aplicarse en forma independiente." (572)

Llegando a la conclusión de que "su vida jurídica depende de la del tipo básico o especial al cual se refieren y los efectos de su aplicación se reflejan sólo en el momento procesal de la imposición de la pena; de esta clase es el homicidio agravado y el hurto calificado." (573)

PAVON VASCONCELOS es de parecer de que "por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, que siempre es autónomo, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan sino se subordinan." (574)

PORTIE PETIT opina: "Otra clase de tipo es el complementado, circunstanciado o subordinado, y es aquel que necesita para su existencia del tipo fundamental o básico, añadiéndole una circunstancia, pero sin que se origine un delito autónomo." (575)

(570) Esta clasificación se identifica con la que está contenida en los incisos (o) y (p), correspondientes al delito-tipo normal y anormal respectivamente, según contengan elementos objetivos nada más, o bien subjetivos y normativos. *Derecho Penal*, Parte General. p. 154. Universidad del Externo de Colombia. Bogotá, 1984.

(571) En mi concepto, esta no es una clasificación propia del delito-tipo, sino de las clases de tipos o normas a la que ya hice alusión. SUPRA, Capítulo Segundo, Inciso (c), Número (125). Las clases de tipos, subinciso (f), (g) y (h). Los tipos sancionadores, Los tipos prohibitivos y los tipos prescriptivos. *Cfr.*, REYES, *Op. cit.*, p. 159.

(572) REYES, *Op. cit.*, p. 153

(573) *Idem.*

(574) PAVON VASCONCELOS. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Parte General, p. 258. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974

(575) PORTIE PETIT. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. p. 450. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

Vamos a ver que la opinión de estos autores es en el sentido de que los tipos complementados, circunstanciados o subordinados surgen con relación al delito fundamental o básico y nada mencionan con relación a los especiales, en los que obviamente pueden influir las circunstancias.

Tal es el caso del parricidio, que puede ser cometido con premeditación, alevosía, ventaja y traición y que es un tipo especial relacionado con el homicidio. Lo mismo sucede con el aborto, aunque sea discutible la cuestión de que si su verbo regulador está o no relacionado con el homicidio (privación de la vida). (576)

Hay ciertos tipos fundamentales o básicos (homicidio y lesiones) en los que el legislador de lo penal ha establecido una presunción *iuris et de iure* (de pleno derecho) de que han sido cometidos con las agravantes que funcionan para los delitos en contra de la vida y la salud personales.

PORIE PETIT explica: "En estos casos, al tipo fundamental o básico: lesiones u homicidio, se le adicionan las circunstancias de inundación, incendio, o cualquiera otras de las que señala la ley, originándose el delito de lesiones u homicidio presuncionalmente premeditado." (577)

(u) EL DELITO-TIPO Y LOS DISPOSITIVOS QUE LO AMPLIAN.

En las actividades que son realizadas en la práctica penal forense, podremos notar que no en todos los casos el verbo regulador del delito-tipo es realizado en forma total, o bien que en su ejecución han intervenido dos o más personas que no logran adecuar su comportamiento con plenitud a la conducta descrita.

El primero de los casos nos llevaría a la afirmación de la existencia de un delito en grado de tentativa y el segundo, a la figura que es conocida como concurso de personas en el delito o autoría y participación, las cuales deben ser sancionadas en atención a una ampliación que se hace del delito-tipo.

Con el fin de evitar que estas instituciones que no podrían encuadrar en un tipo de delito común y corriente el legislador de lo penal decidió incluir en la parte general del ordenamiento, ciertos dispositivos que sirven para darle determinada amplitud a los elementos del delito-tipo (precepto y sanción).

Para poder ampliar el tipo a estas esferas que penetran en el campo de la ilicitud, habrá de hacerse una relación de referencia entre el verbo regulador del delito-tipo y de aquella norma que está inmersa en la parte dedicada a las teorías generales, para obtener una forma de conducta prohibida o la punibilidad aplicable.

REYES afirma: "La necesidad de que tales fenómenos no quedasen impunes llevó al Estado a ensanchar la esfera de los tipos comunes, mediante la creación de otros que, ubicados en la parte general del Código Penal y prodi-cables por lo mismo de todos aquellos, ampliases su normal alcance mediante la descripción de fases comportamentales previas a la conducta descrita o los tipos de la parte especial o señalasen la hipótesis de una intervención plurima de sujetos no exigida concretamente en ellos, y a cometer en uno y otro casos consecuencias jurídicas especiales. Así debieron nacer las figuras conocidas hoy como tentativa y coparticipación." (578)

(576) Esto ocurre porque se dice que el producto de la concepción no tiene vida mientras permanezca en la cavidad uterina y que solamente la adquiere al emerger del vientre materno, si es viable. Independientemente de estas cuestiones, yo lo he considerado en la esfera de los delitos en contra de la vida y la salud personales, como podrá verse en la adenda "un proyecto de Legislación".

(577) PORIE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 451. Editorial Porrua, S. A. México, 1979.

(578) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 159. Universidad del Externo de Colombia. Bogotá, 1984.

De ellas nos hablaba VON BELING en su "Teoría del delito-tipo", cuando hacía alusión a los delictus accesorios o secundarios, que permanecen subordinados al delito independiente. Son figuras que no necesitan de los tipos autónomos, de su apoyo, "aunque se parecen a un marco móvil que, si bien puede contener todos los cuadros posibles, sin ellos es vacío: no es cuadro." (579)

BELING dijo que la especie es el delito en sí (por ejemplo, el homicidio) y la subespecie, una de sus formas de integración (verbi gratia, la tentativa). Los delictus son independientes, con peculiaridades sui generis y cada uno de ellos ya lleva en su contenido su correspondiente sanción penal. (580)

Las subespecies del tipo de delito también son aspectos penalmente típicos comprendidos en el área de lo antijurídico culpable, aunque para llegar a su culminación penal tiene que darse un rodeo, al pasar por alguna de las combinaciones penales fijas y por el tipo de delito que los prevé. (581)

En la doctrina penal mexicana existen opiniones en el sentido de que el hecho de sancionar la tentativa y las formas de participación o intervención en el delito es violatorio del principio *nullus crimen sine lege scripta et stricta*; aunque una postura tan aberrante no me parece digna de comentarse a darlo.

La explicación ya existía desde que VON BELING formuló su teoría del delito-tipo y con un poco de lógica es muy fácil de comprender. Resulta obvio que la parte especial de los códigos penales no puede contener en forma expresa las referencias a la tentativa, al concurso de delito o a las formas de intervención en él.

Si eso fuera hecho tendríamos un Código Penal con una multiplicidad de normas de tautología injustificable, por ello han sido evitadas previendo en la parte general una norma genérica que le es aplicable a cualesquier de los delitos-tipo que se deseen prever y que necesitan referirse a la figura delictiva que se cuestiona para encontrar su tipicidad.

Así, si se tratara por ejemplo del homicidio, que consiste en privar de la vida, para conocer la forma en que se presenta la tentativa, es necesario dar ese rodeo al que hacía mención BELING, refiriendo el contenido de ejecución o inejecución al verbo regulador que alude a la privación de la vida.

Si el comienzo de ejecución o inejecución para privar de la vida a otro o su total realización, sin que llegue a consumar el verbo típico reúne todas las características que menciona el artículo 12 del CPF, habrá una tentativa de homicidio punible, a condición de que también sea antijurídica y culpable.

Lo mismo sucede con las formas de intervención en el delito (autoría y participación) cuyo verbo rector "acordar", "planear", "realizar por sí", "realizar en forma conjunta con otro", etc. también tiene que ser referido al modelo típico de privar de la vida, así será punible el acuerdo para privar de la vida, por ejemplo.

Por cuanto hace al concurso de delitos, al delito con intención indirecta (culposo) o mixta (preterintencional), también hará referencia al delito-tipo de que se trate en cada caso concreto, con el fin de que podamos establecer la punibilidad aplicable en cada una de esas situaciones.

Esto se hace por economía legislativa y no veo en dónde exista la complicación para aplicarlo en cada uno de los tipos de delitos que acepte dichas figuras y mucho menos la violación al principio de legalidad, porque existe la ley escrita y estricta y no está siendo utilizado un proceso de integración analógica en cuanto a figuras típicas o a punibilidades.

(579) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Segundo. Inciso (B). Número (116) La tipicidad en el causalismo. Cfr. BELING. La doctrina del delito tipo, pp. 39-40. Editorial Espoño, Buenos Aires, 1944. Tr. SOLER.

(580) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Segundo. Inciso (b). Número (116) La Tipicidad en el Causalismo
(581) Ickm.

(v) LOS EJEMPLOS LEGALES TOMADOS DEL CPF CON RESPECTO A LA CLASIFICACION DE LOS DELITOS-TIPO.

- FUNDAMENTAL O BASICO:** Artículo 302 del CPF, delito-tipo de homicidio: "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro."
- ESPECIAL PRIVILEGIADO:** Artículo 325 del CPF, delito-tipo de infanticidio: "Llámesse infanticidio: la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendientes consanguíneos."
- ESPECIAL CUALIFICADO:** Artículo 323, delito-tipo de parricidio: "Se da el nombre de parricidio al homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco."
- AUTONOMO O INDEPENDIENTE:** Artículo 329, delito-tipo de aborto: "Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez."
- FORMULACION LIBRE:** Artículo 288, delito-tipo de lesiones: "Bajo el nombre de lesión se comprenden no solamente las heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa."
- FORMULACION CASUISTICA:** Artículo 262, delito-tipo de estupro: "Al que tenga cópula con mujer menor de diez y ocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio del engaño, se le aplicarán de un mes a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos."
- FORMULACION ALTERNATIVA:** Artículo 124, delitos-tipo de traición a la Patria, fracción II. "En caso de invasión extranjera, contriuya a que en los lugares ocupados por el enemigo se establezca un gobierno de hecho, ya sea dando su voto, concurriendo a juntas, firmando actas o representaciones o por cualquier otro medio."
- FORMULACION COPULATIVA:** Artículo 146, delitos-tipo de piratería, fracción II. "Los que, yendo a bordo de una embarcación se apoderen de ella y la entreguen voluntariamente a un pirata."
- COMUN O INDIFFERENTE:** Artículo 171, delitos-tipo en materia de vías de comunicación, fracción I. "Al que viole dos o más veces los reglamentos o disposiciones sobre tránsito y circulación de vehículos, en lo que se refiere a exceso de velocidad."
- PROPIO O EXCLUSIVO:** Artículo 231, delitos-tipo de abogados patronos o litigantes, fracción I. "Alogar a sabiendas hechos falsos, o leyes inexistentes o derogadas."
- MONOSUBJETIVO:** Artículo 381, delito-tipo de abuso de confianza: "Al que con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio."
- PLURISUBJETIVO:** Artículo 272, delito-tipo de incesto: "Se impondrá pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes."
- PERSONAL:** Artículo 335, delito-tipo de abandono de incapaces o enfermos: "Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos."

IMPERSONAL:	Artículo 173, delito-tipo de violación de correspondencia, fracción II. "Al que indebidamente intercepte una comunicación escrita que no esté dirigida a él, aunque la conserve cerrada y no se imponga de su contenido."
MONOPASIVO:	Artículo 356, delito-tipo de calumnias, fracción I. "Al que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se le imputa."
PLURIPASIVO:	Artículo 140, delito-tipo de violación de los deberes de humanidad: "Al que violare los deberes de humanidad en los prisioneros, heridos de guerra, en los heridos o en los hospitales de sangre."
NORMAL:	Artículo 302, delito-tipo de homicidio: "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro."
ANORMAL:	Artículo 260, delito-tipo de atentados al pudor: "Al que sin consentimiento de una persona púber o impúber o con el consentimiento de esta última, ejecute en ella un acto erótico-sexual, sin el propósito directo e inmediato de llegar a la cópula."
SIMPLE:	Artículo 364, delito-tipo de privación ilegal de la libertad, fracción II: "Al particular que fuera de los casos previstos en la ley, detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar por menos de ocho días"
COMPLEJO:	Artículo 387, delito-tipo de fraude específico, fracción I: "Al que obtenga dinero, valores o cualquiera otra cosa o beneficio encargarse de la defensa de un procesado o de un reo, o de la dirección o patrocinio en un asunto civil o administrativo, si no efectúa aquélla no realiza ésta, sea porque no se haga cargo legalmente de la misma o porque renuncie o abandone el negocio o la causa sin motivo justificado."
CIRCUNSTANCIADO PRIVILEGIADO:	Artículo 332, delito-tipo de aborto honoris causa: "Se impondrán de seis meses a un año de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias: I. Que no tenga mala fama; II. Que haya logrado ocultar su embarazo, y III. Que éste sea fruto de una unión ilegítima."
CIRCUNSTANCIADO CUALIFICADO:	Artículo 381, delito-tipo de robo en lugar cerrado, fracción I. "Cuando se comete el delito en lugar cerrado."
PRESUNCIONALMENTE COMPLEMENTADO CUALIFICADO:	Artículo 315, párrafo final, delitos-tipo de homicidio y lesiones presuncionalmente calificados: "Se presumirá que existe premeditación cuando las lesiones o el homicidio se cometan por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquier otra sustancia nociva para la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes o por retribución dada o prometida; por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad."

(129) LA TIPICIDAD.

El estado, que hace las veces de tutor jurídico de la sociedad, debe garantizar la permanencia del grupo social que lo creó; por este motivo debe dedicarse a regular los comportamientos humanos a través de las normas que componen el sistema de la juridicidad en todos sus aspectos.

Cuando considera que con una conducta se altera el *statu quo* del grupo, la recoge en los catálogos de la normatividad y como último recurso, cuando se trata de bienes jurídicos fundamentales, los liga a la punición, prohibiendo o prescribiendo el comportamiento, añadiéndoles coactividad y coercitividad inexorables.

REYES dice: "La descripción que de esta clase de comportamientos hace el Estado por medio del legislador, es lo que los alemanes llaman *Tatbestand*, los italianos *fattispecie legale* y los españoles tipicidad." (582)

Ya hemos visto que un presupuesto general del delito y el de la tipicidad lo es la presencia previa del delito-tipo, esto da lugar a que sea reafirmado el principio de legalidad, que es expresado en la máxima: *Nullum crimen nulla poena sine lege scripta et stricta* (no hay delito ni pena sin ley escrita y estricta).

El tipo es la estandarización de la conducta que puede presentarse en la realidad social de los hechos, elaborada en forma de conceptos: En este orden de ideas, la tipicidad viene a ser una relación conceptual entre el mundo de la facticidad y el área de la normatividad jurídico-penal.

Si en el proceso de la valoración jurídica del delito las autoridades ministerial o judicial han comprobado que existe una conducta con todos sus elementos constitutivos, el siguiente paso que tendrán que dar es el de corroborar que haya una exacta adecuación a un delito-tipo determinado.

Esto quiere decir que deberán verificar que uno a uno vayan colmándose todos los elementos típicos puesto que la ausencia de uno solo de ellos es causa suficiente para que se presente una hipótesis de atipicidad, con la consecuente anulación del delito en el mundo de lo jurídico.

La conducta humana y todos sus requisitos deben ajustarse en forma perfecta a un modelo de delito legal y solamente a uno; en el área penal no es válido tratar de encuadrar el comportamiento a dos o más tipos, si es que no se dio el concurso de delitos, sin que lleguemos a vulnerar los derechos individuales.

Aunque parezca que es posible adecuar la actuación humana a dos o más tipos penales, la exigencia de algunos elementos típicos nos demostrará que nada más en uno de ellos encuadra perfectamente; esto es que nada más uno de todos los que existen en la parte especial o en las normas penales especiales, puede servirle de molde.

Más adelante trataré el problema de la concurrencia de tipos penales y quedará demostrado cómo el particular comportamiento del sujeto solamente puede ser subsumido en uno y triunfará aquel que reúna mayores requisitos. Es decir, entre el especial y el básico, ganará el segundo y entre dos de ellos, el más especial. (583)

La cuestión de la tipicidad es un problema por demás importante, su teoría adquiere absoluta preponderancia en todos los tópicos que están referidos al delito, puesto que en los elementos de los tipos penales están incluidos todos los elementos del delito, bien sea en forma tácita o expresa.

Vale decir que la teoría del delito podría quedar subsumida en una teoría muy general de la tipicidad, sin temor a equivocaciones, mas como cada uno de los elementos del ente jurídico-penal tiene características y componentes muy peculiares, es necesario extendernos a las teorías particulares y bien diferenciadas de cada uno de ellos.

Es por eso que en la doctrina hablamos de las teorías generales del elemento subjetivo-material (conducta), del elemento regulador (tipicidad), del elemento valorativo (antijuridicidad) y del elemento normativo (culpabilidad), además de las teorías generales de la responsabilidad y de las sanciones penales.

(582) REYES, *Derecho Penal. Parte General.* p. 148. Universidad del Externo de Colombia. Bogotá, 1984.

(583) INFRA, *Sección Segunda. Capítulo Segundo. Inciso (c).* Número (133). *La Concurrencia de Tipos Penales.*

La exigencia de integrar a la tipicidad o elemento regulador en el proceso de la valoración jurídica del delito, nos permite llegar a la reafirmación del principio de legalidad o de reserva, que es uno de los indicios más importantes de un estado de derecho, en el cual impera la seguridad jurídica de sus miembros.

Para conceptuar a la tipicidad, puedo utilizar la siguiente fórmula: Es la exacta adecuación o conformidad a todo lo que describe el modelo del delito-tipo en el marco de explicitación de la norma jurídico-penal. En él están contenidos diversos requisitos y la ausencia de uno solo de ellos, hace imposible hablar del ente jurídico.

La tipicidad constituye una relación conceptual, es decir que para demostrar su existencia tenemos que relacionar la realidad de hechos con los conceptos que nos brinda la realidad normativa, subsumiendo cada uno de los conceptos fácticos en los de una norma jurídico-penal específica.

JIMENEZ DE ASUA piensa que "la tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada por la ley en cada especie de infracción." (584) Para JIMENEZ HUERTA: "Adecuación típica significa, pues encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación y vinculación al mismo de las conductas accesorias." (585)

BLASCO Y FERNANDEZ DE MOREDA dice que "la acción típica es sólo aquella que se adecua a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencias a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa como delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida." (586)

En nuestro país, la SCJN ha vertido su opinión manifestando lo siguiente: "La tipicidad consiste en que el comportamiento del acusado se encuentre adecuado al tipo que describa la ley penal." (587)

REYES indica: "El principio nullum crimen nulla poena sine lege, conquista liberal que adquirió carta de naturaleza jurídica con la revolución francesa, encuentra su necesaria concreción en la teoría de la tipicidad; por eso, MAIRACHI afirma, con razón, que el tipo es la lex del principio nulla poena sine lege." (588)

(130) LA FUNCION DE LA TIPICIDAD.

En la doctrina tradicional de la ciencia jurídico-penal, han sido emitidas diversas opiniones que versan sobre cuál es el papel que desempeña la tipicidad en la doctrina del delito. Voy a analizar cada una de ellas y al final expresaré mi opinión.

(a) LA FUNCION DE LA PURA COORDINACION.

El pensamiento de VON BELING, el creador de la teoría, concibe al tipo con una función que resulta ser exclusivamente coordinadora. El tipo es descriptivo y objetivo y la acción antijurídica y culpable debe adecuarse al tatbestand; así la tatbestandmissigkeit, será la adecuación al tipo o tipicidad.

(584) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo III., p. 909. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1956.

(585) JIMENEZ HUERTA. La Tipicidad., p. 207. Editorial Porrúa, S.A., México 1955.

(586) BLASCO Y FERNANDEZ DE MOREDA. Citad por PORTE PETIT. Apuntamientos de La Parte General de Derecho Penal, p. 470. Editorial Porrúa, S.A., México, 1979.

(587) Semenario Judicial de la Federación. Tomo XXXIII, p. 103. Sexta Epoca.

(588) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 135. Universidad del Externo de Colombia. Bogotá, 1984. El creador de este apotegma lo fue VON BELING, al afirmar que hay delito sin tipicidad.

Según MEZGER, la teoría de BELING despertó la atención hacia la importante figura del genuino tipo legal, que reviste una importancia básica en todo el sistema. (589) JIMÉNEZ DE ASUA sostiene con independencia del papel que juega la tipicidad y que cada uno quiera asignarle, no puede discutirse su significación jurídica. (590)

Se ha crido que la tipicidad es una característica esencial del delito-tipo, que es uno de los requisitos del hecho según el derecho positivo, que es uno de los elementos esenciales del delito como ente jurídico, o bien una de sus condiciones, aunque no pase a formar parte de los elementos del delito. (591)

(b) LA FUNCION INICIARIA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Dije que MAYER sostiene que el tipo penal es indiciario de la anti-juridicidad, porque toda conducta que ha ido conformada a uno de ellos (tipicidad), debe ser considerada como presuntamente anti-jurídica. Es decir, que al comprobar la adecuación típica, la conducta pasa a ser prácticamente anti-jurídica. (592)

Según ANTOISEY, el tatbestand (tipo de delito legal) es la base del conocimiento o ratio cognoscendi de la anti-juridicidad, porque la conformidad, adecuación o cumplimiento de alguno de los tipos penales (tipicidad), ya es suficiente para poder proporcionarnos un indicio de anti-juridicidad. (593)

En mi opinión: "Es correcto sostener, en cambio, que es la tipicidad --adecuación o conformidad con todos los requisitos de tipo penal-- en la que nos da una cierta presencia de la anti-juridicidad formal (en potencia) y de la material con tendencia a que la anti-juridicidad se convierta en acto." (594)

"Al recordar que la tipicidad es el elemento inmediato anterior a la anti-juridicidad dentro de la prelación lógica (orden jurídico), se deja entrever la posibilidad de considerar que la tipicidad puede proporcionarnos un indicio o presunción de la anti-juridicidad." (595)

(c) LA ANTIJURIDICIDAD COMO RATIO ESSENCI DE LA TIPICIDAD.

BLASCO Y FERNANDEZ DE MOREDA considera que no solamente la tipicidad es la ratio essendi de la anti-juridicidad, sino que en ésta es donde tenemos que encontrar la razón esencial de aquélla. Dice que la conducta tipificada se reputa en general (si no hay justificante) anti-jurídica, porque es contraria a las normas de cultura del estado y forma su basamento jurídico. (596)

JIMÉNEZ HUERTA por su parte, está por sostener la opinión de que la anti-juridicidad es la ratio y verdadera ratio essendi de la tipicidad, si es que la observamos desde el punto de vista del fundamento del acto legislativo por medio del cual el tipo penal surge a la vida jurídica y pasa a formar parte del sistema. (597)

(589) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. p. 352. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946.

(590) JIMÉNEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 776. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1956.

(591) Cfr. PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 496. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(592) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Segundo. Inciso (C) Número (134) La Función del Delito-tipo.

(593) Citado por PORTE PETIT.

(594) MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad. Problema Capital del Derecho., p. 54 Trabajo de Investigación. Curso de Investigación Jurídico-Penal del Estado de Durango., México, 1984.

(595) MEDINA HERNANDEZ., Op. cit., p. 56.

(596) Citado por PORTE PETIT, Op. cit., p. 428.

(597) JIMÉNEZ HUERTA. La Tipicidad., p. 33-34. Editorial Porrúa, S.A., México 1955.

(d) LA FUNCION GARANTIZADORA.

REYES afirma que la tipicidad es una de las garantías jurídico penales, social y política de la libertad y de la seguridad personales, ya que ninguno de nosotros debe sufrir la mengua de sus derechos sin motivo legal previo o ser juzgado sin que hayan sido previamente cubiertos los requisitos legales preestablecidos. (598)

Las normas que expresan la constitución política son el fundamento de las leyes penales y de los códigos de procedimientos penales en los que están descritos cada uno de los delitos-tipo y su regulación general y específica, y solamente el estado puede perseguir a quien realice el comportamiento que en ellos está previsto.

La tipicidad protege la seguridad jurídica de los integrantes de la sociedad. Es tal su importancia que el juez no podrá enjuiciar como ilícitos, so pena de incurrir él mismo en abuso de autoridad, aquellos comportamientos que no se adecúan al tipo legal, aun cuando ellos parezcan manifiestamente injustos o contrarios a la moral." (599)

(e) LA FUNCION SISTEMATIZADORA.

Esta tesis también es sostenida por REYES cuando nos dice: "La teoría de la tipicidad ha servido para tender puente de unión entre la parte general y la especial del derecho penal, tradicionalmente separadas. Históricamente el estudio de los delitos en particular precedió en mucho al del ilícito como ente jurídico abstracto." (600)

Sólo puede concebirse el Derecho Penal como un todo inescindible y una correcta sistematización de los tipos penales únicamente es el resultado de una teoría general del delito, que enlace a las partes general y especial, aplicándose a ésta todo lo de aquélla que sea concidente.

(f) MI OPINION.

El elemento regulador o tipicidad, como uno de los componentes del delito es una realidad conceptual que se obtiene en el momento en que al realizar el proceso de su valoración jurídica, comparamos los hechos que se nos presentaron en la realidad fáctica con el mando de la normatividad jurídico-penal.

La presencia de la tipicidad en la relación procesal penal del delito nos sirve para cuidar la salvaguardia de las expresiones del derecho de libertad y seguridad jurídica de la persona, al reafirmar las máximas: *Nullum crimen sine typo* y *nullum crimen sine tipicidad*, que identifican a los estados de Derecho.

Cuando hemos comprobado la presencia de la tipicidad, después de comparar las realidades fáctica y normativa, nos está permitido establecer una presunción *iuris tantum* (salvo prueba en contrario) de la antijuridicidad, la cual será destruida si se prueba y comprueba que aparece una norma justificativa en favor del sujeto activo.

Solamente cuando se corrobora que han sido satisfechos todos los requisitos del delito-tipo, puede ser continuado el proceso de la valoración jurídica del delito; en ausencia de uno solo de ellos, esta proceso debe detenerse, para que la autoridad proceda a declarar la inexistencia del delito.

En efecto, como menciona REYES ECHANDIA, la teoría general de la tipicidad, que incluye lo relativo al tipo como uno de sus presupuestos y que a la vez es requisito previo del delito, ha servido para unificar las disposiciones de las partes general y especial de la ciencia jurídico-penal.

Afortunadamente a partir del siglo XIX con la influencia de los pensamientos filosóficos de HEGEL y KANT, fue creada una teoría más o menos coherente del delito, que nos sirve para unificar la parte general y la especial de nuestra ciencia, en un estudio integral del ente jurídico.

(598) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 135. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(599) REYES. Op. cit. p. 135.

(600) *Ibidem*. p. 137

Ya no puede concebirse que se hable de las teorías generales por un lado y de los delitos en particular, por el otro. Entre ambas partes puede llegar a ser afirmada una relación de interdependencia, puesto que se nutren y complementan en pos de un estudio íntegro de los delitos.

La parte general de la ciencia jurídico-penal se encarga de establecer ciertos parámetros que les son aplicables a todos los delitos en particular y especiales. La parte especial es el estudio de cada uno de los delitos, en atención a la dogmática y enfocando los principios de la parte general al tipo en particular.

(131) LA IMPORTANCIA DE LA TIPICIDAD.

Uno de los principales logros de la Revolución Francesa en materia de los derechos humanos del hombre y del ciudadano, lo constituye la adopción del principio de legalidad o de reserva que caracteriza a los estados de Derecho y que es expresado en las frases: *Nullum crimen sine typo* y *nullum crimen nulla poena sine lege*.

La máxima fue recogida por la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en el número 2 de su artículo 11 preceptúa: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho Nacional o Internacional (no hay delito sin ley). Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito (no hay pena sin ley).

Este apotegma exige dos momentos: La presencia del tipo y la existencia de la tipicidad, que a su vez dan origen a dos nuevas fórmulas jurídicas y legales: *Nullum crimen sine typo* y *nullum crimen sine tipicidad* (no hay delito sin tipo y no hay delito sin tipicidad).

Es indispensable que se verifique la presencia de la tipicidad en el proceso de la valoración jurídica del delito de las autoridades ministerial y judicial, puesto que si se presenta alguno de sus aspectos negativos, no podrá procederse a la valoración antijurídica del comportamiento.

De acuerdo con el orden lógico que prevalece entre los elementos del delito en su aspecto positivo, tenemos que la presencia de la tipicidad es necesaria para proceder a la valoración de la antijuridicidad. En el aspecto negativo, en cambio, cuando estamos frente a una atipicidad, ya no será necesario atender a si el comportamiento puede ser antijurídico o está justificado.

REYES al momento de analizar la importancia de la tipicidad nos explica: "La tipicidad constituye un aporte innegable y positivo al mejor entendimiento del delito como fenómeno jurídico; ella ejerce una triple función: garantizadora, fundamentadora y sistematizadora." (601)

PORTE PETIT escribe: "Ahora bien, ¿cuál es la fundamental importancia de la tipicidad? Consideramos que consiste en que establece de una forma clara y patente, que no hay delito sin tipicidad, encontrándonos en este caso, frente a un aspecto negativo de la relación conceptual del delito: la ausencia de tipicidad o atipicidad." (602)

Entendido el tipo con un concepto muchísimo más amplio que el que nos ofrecía el modelo tradicional del delito, la tipicidad cumple con varias funciones, de las cuales hago destacar aquella de que contiene todos los requisitos legales que se exigen para que una conducta pueda ser tenida como legalmente delictuosa.

(132) LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS TIPOS PENALES.

Los tipos penales forman el conjunto de disposiciones hechas a manera de mandatos imperativos (prohibición o prescripción de actuar), que van dirigidos a los integrantes del núcleo social, a los cuales los podemos encontrar en la parte especial de los códigos penales o en las normas penales especiales.

(601) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 148. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(602) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 441. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

La determinación de la normatividad jurídico-penal de modelos de conducta que pueden ser consideradas como delictuosas le corresponde exclusivamente al Estado a través de su órgano legislativo, quien en un proceso de valoración prolegal, calificará como contrarios al orden público ciertos comportamientos.

De ordinario los tipos penales stricto sensu o delitos-tipo constan de dos partes que están bien diferenciadas entre sí, ellas son: a) El precepto. b) La sanción. El primero también se llama tipo y detalla la conducta regulada, que el legislador ha tomado de la realidad de hechos y es comprobada por ser contraria al statu quo social.

Como ha dicho en repetidas ocasiones, el precepto puede ser prohibitivo o prescriptivo. Estamos en presencia del primer supuesto, si el tipo ordena la no realización de una determinada conducta y de él enana un deber jurídico de abstenerse, es realizado mediante una forma de comportamiento activa.

En cambio, el tipo será prescriptivo, si además de exigir la realización de un determinado comportamiento, deja entrecer un deber jurídico-penal de obrar en determinada forma y es ejecutado a través de una conducta omisiva. En ambos casos ese deber será analizado en la antijuridicidad y en la culpabilidad.

La sanción marca la naturaleza cualitativa y cuantitativa de la consecuencia penal que será generada cuando se realice la prohibición o la prescripción y se declare que llegaron a constituir un delito. Es una forma de medir el grado de la responsabilidad en "castigo" del autor del delito.

La ley penal está formada por normas de índole general, en cuanto están dirigidas a todos los integrantes del grupo social. En su dirección no distingue entre personas capaces o incapaces, sanas o insanas, mayores o menores de edad, sexo masculino o femenino, determinada religión, oficio, profesión, raza, etc.

Es hasta el momento en que van a ser aplicadas cuando empiezan los distinguos y así notamos que no tienen validez personal para los sujetos que caen en el supuesto de la minoría de edad, por ejemplo, porque a ellos los rige una ley especial, que sanciona las infracciones cometidas.

Los delitos-tipo son abstractos, en cuanto a que son estructurados en esquemas amplísimos de comportamiento, a los cuales buscará adecuarse el particular que haya asumido el agente. No es correcto que se hagan especificaciones de una misma conducta en los tipos penales, noto que es excesivo particularizar veintinueve hipótesis de fraude en el artículo 367 del CPF, *verbi gratia*.

Cada tipo penal es un imperativo categórico de conducta, que el legislador de nuestra materia dirige en forma de prohibición o prescripción a todos los integrantes del conglomerado social, amenazando con imponerle una sanción penal a quien los desatienda, en manera de pena o medida de seguridad.

Son originales, preferentemente constitutivos y excepcionalmente sancionadores, en virtud de que su única fuente de sanción está referida a las conductas que en ellos fueron descritas, recordemos el principio *nullum crimen sine typo* (no hay delito sin tipo).

Por ello, la ley penal es autónoma porque su existencia es independiente de algún otro catálogo de normatividad y funciona con características muy peculiares, tratando de alcanzar una finalidad específica. Las leyes penales están dirigidas a todos los integrantes de la sociedad, para que las observen, obedezcan y pugnen por su cumplimiento.

(133) LA CONCURRENCIA DE TIPOS PENALES.

Un problema de suma trascendencia dentro de la teoría general de la ciencia jurídico-penal lo constituye el estudio de la concurrencia de tipos, cuyo análisis es relativamente reciente en la doctrina iberoamericana. El problema ha sido analizado a partir de MERTZ y fue desarrollado después por los juristas alemanes.

MAGGIORE indica: "El problema del concurso de normas no se plantea solamente como curiosidad científica, antes bien, responde a un interés práctico, ya que del decidir, entre varias normas concurrentes, cual conviene a cada caso, depende la determinación del régimen penal aplicable, si el de acumulación material o el de la absorción." (603)

REYES enuncia que "Este tema ha sido tradicionalmente ubicado dentro del capítulo que estudia a la norma penal y su interpretación; creemos, sin embargo, que esta es la sede (dentro de la teoría de la tipicidad) propia de tal materia, dada su íntima vinculación con el concurso real o verdadero de tipos penales." (604)

Cuando el problema está relacionado con un tipo incluido en la parte general, su ubicación exacta lo es en la aplicación de la ley penal en relación a la materia; en cambio, si se trata de delitos-tipo (de la parte especial o de las normas penales especiales), debe ir a parar a la teoría general de la tipicidad.

(a) LA DENOMINACION.

El instituto en cuestión ha recibido diferentes nombres en la doctrina de la ciencia jurídico-penal entre ellos tenemos a los siguientes:

- a) Concurso de leyes (CUELLO CALON y FERRER SAMÀ).
- b) Concurrencia de leyes (BALLVE PALISE).
- c) Concurso de disposiciones legales.
- d) Concurso aparente de leyes (BAGAGLINI y JIMENEZ DE ASUA).
- e) Concurso ficticio de leyes (AMOLISEI).
- f) Concurso impropio de leyes.
- g) Concurso aparente de tipos (JIMENEZ HUERTIA y REYES).
- h) Concurso aparente de delitos.
- i) Concurso interno de leyes.
- j) Concurso aparente de normas (AMOLISEI).
- k) Concurso ideal aparente.
- l) Colisión de normas penales.
- m) Relaciones de las figuras entre sí.
- n) Concurso de normas (TRIG PERA y PANNAINI).
- o) Conflicto aparente de leyes penales (DEL ROSAL).
- p) Concurrencia de normas (PANNAINI).
- q) Impropio concurso ideal.
- r) Desplazamiento de los tipos secundarios por el primario.
- s) Concurrencia de normas incompatibles entre sí (FORTE PETIT).
- t) Yo prefiero la expresión "concurrencia de tipos." (605)

(b) EL CONCEPTO

Hay un concurso aparente de normas, según AMOLISEI, cuando dos o más disposiciones coexistentes parecen adaptarse a un mismo caso, aunque sólo una de ellas es aplicable. (606) Para CUELLO CALON, este problema se presenta si a una y misma acción le son operantes dos o más preceptos penales que se excluyen entre sí. (607)

Desde el punto de vista de FERRER SAMÀ, el concurso de leyes se explica en el hecho de que la conducta de que se trata en el caso concreto cae bajo los supuestos de dos o más disposiciones legales de la materia penal que se excluyen entre sí y solamente en una de ellas encaja perfectamente. (608)

(603) MAGGIORE. *Derecho Penal*. Tomo I., p. 241. Editorial Temis. Bogotá, 1984.

(604) REYES. *Derecho Penal*. Parte General. p. 148. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(605) Cfr. AMOLISEI. *Manuale di Diritto Penale*, Tomo I. p. 103. Milano, 1955. CUELLO CALON. *Derecho Penal*. p. 647. Barcelona, 1946. FERRER SAMÀ. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II. p. 282. Murcia, 1947. JIMENEZ DE ASUA. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. p. 462. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, 1950. *La Ley y el Delito*. p. 141. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980. JIMENEZ HUERTIA. *La Tipicidad*, p. 282. Editorial Porrúa, S.A., México 1955. FORTE PETIT. *Apuntes de la Parte General de Derecho Penal*. pp. 217 y ss. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979. REYES. *Op. cit.*, p. 192.

(606) AMOLISEI. *Op. cit.*, Tomo I. p. 103.

(607) CUELLO CALON. *Op. cit.* p. 647.

(608) FERRER SAMÀ. *Op. cit.* p. 282.

FORTE PETIT es de opinión de que "se pueda decir que estamos frente a una concurrencia de normas incompatibles entre sí, cuando se encuentra una materia o un caso, disciplinado o reglamentado por dos o más normas incompatibles entre sí." (609) Aclarando que hay varias formas de resolver el problema. (610)

REYES ha dicho: "Entendamos por concurso aparente de tipos el fenómeno en virtud del cual una misma conducta parece subsumirse a la vez en varios tipos penales diversos y excluyentes, de tal manera que el juez no pudiendo aplicarlos coetáneamente sin violar el principio *non bis in idem*, debe resolver concretamente a cuál de ellos se adecua el comportamiento en estudio." (611)

En fin, JIMÉNEZ DE ASUA expone: "Ya sabemos que todo el ordenamiento jurídico, tomado por distintas disposiciones, es uno y armónicamente dispuesto: algunas de esas leyes son independientes entre sí, y otras se hallan coordinadas de modo que se integran o excluyen recíprocamente." (612)

"A menudo es sencillo decidir cuál de las dos normas del ordenamiento jurídico, concurrentes en el mismo tiempo y lugar, es la aplicable al caso concreto; pero a veces se presentan dificultades y es preciso trazar reglas para saber cuándo una disposición consciente o excluye la coetánea o sucesiva aplicación de otra respecto a la misma situación de hecho." (613)

Concluye el mismo autor: "A esto se llama conflicto aparente de disposiciones penales, que no sólo se presenta en orden a los tipos delictivos, sino en cuanto a los preceptos de la Parte General (una circunstancia agravante o atenuante, por ejemplo)." (614)

En mi concepto, estamos ante la presencia de una concurrencia de tipos penales cuando la conducta o la materia que está siendo valorada parece que puede quedar subsumida en dos o más normas, o bien está regulada en más de una de ellas y resulta que solamente alguna de esas normas debe ser aplicada.

(c) LAS HIPÓTESIS.

En el problema de la concurrencia de tipos penales pueden presentarse las siguientes hipótesis: (615)

- 1) Entre tipos de la parte general del código penal.
- 2) Entre tipos de la parte especial del código penal.
- 3) Entre tipos de la parte general y especial del código penal.
- 4) Entre tipos de la parte general o especial del código penal.
- 5) Entre tipos de las normas penales especiales.

(d) LAS ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS Y LA CONCURRENCIA DE TIPOS.

En la doctrina penal tradicional suelen ser confundidos los institutos del concurso ideal o formal de delitos y de la concurrencia de tipos penales. Considerando lo que expone FORTE PETIT, enunciaré las analogías y las diferencias que existen entre estos dos fenómenos jurídicos. (616)

a) En el concurso ideal o formal de delitos se trata de una sola conducta que produce varios resultados. En la concurrencia de tipos penales puede tratarse de una conducta (con un solo resultado), o bien de una materia de la parte general.

(609) FORTE PETIT. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. p. 220. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(610) Más habla de la concusión o absorción, de la especialidad de la subsidiariedad y de la alternativa. *Op. cit.* pp. 220 y ss.

(611) REYES. *Derecho Penal. Parte General*. p. 192. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(612) JIMÉNEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*, p. 141. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980

(613) *Idem*.

(614) *Idem*.

(615) FORTE PETIT. *Op. cit.* p. 221 y 222.

(616) *Idem*.

b) En el concurso ideal o formal de delitos hay varios resultados violatorios de normas de la misma o de diferente naturaleza. En la concurrencia de tipos penales, si se trata de una conducta, hay un solo resultado que ha violado un solo precepto, aunque parezca que son varios.

c) En ambos hay una concurrencia o concurso de tipos penales.

d) En el concurso ideal o formal de delitos los tipos penales son compatibles entre sí, porque todos se aplican. En la concurrencia de tipos penales las normas son incompatibles entre sí.

e) En el concurso ideal o formal de delitos está señalada la sanción específica en la ley para ese fenómeno. En la concurrencia de tipos penales puede suceder que cada uno de ellos señale una sanción diversa y debe buscarse cuál es la aplicable al caso concreto.

f) El problema del concurso ideal o formal de delitos está resuelto de antemano por la ley. La concurrencia de tipos penales puede estar resuelta, o bien le toca a la autoridad judicial resolverla con base en los criterios doctrinales.

(e) LOS CRITERIOS PARA RESOLVER EL CONFLICTO DE LAS CONCURRENCIA DE TIPOS PENALES.

En términos generales, existen dos criterios doctrinales que nos brindan el tratamiento de la concurrencia de tipos penales, estos son:

A) El unitario, que pugna por la aplicación de un solo principio, sea cual fuere la naturaleza de la concurrencia de normas.

B) El pluralista, que defiende la aplicación de varios criterios para obtener la resolución adecuada.

En mi pensamiento el criterio unitario es el que resulta ser más apropiado para resolver el conflicto que nos presenta la concurrencia de tipos penales, bien sea que se trate de materias de la parte general, de normas de la parte especial o de normas penales especiales, según voy a explicar.

Cualquiera que sea la postura que se adopte, notamos que los unitarios y los pluralistas siguen varios principios, en lo que se refiere a la respuesta a la concurrencia de tipos penales y son los siguientes:

- a) El principio de especialidad.
- b) El principio de consunción o absorción (con cuatro hipótesis diferentes).
- c) El principio de subsidiaridad.
- d) El principio de alternatividad.

a) El principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generalis*). Este principio existe cuando a un tipo fundamental o básico le es agregado un elemento más (especialización) que hace nacer a un tipo especial y al momento de valorar la tipicidad debe escogerse entre ambos cuál es el aplicable, triunfando el tipo especial sobre el básico.

Quando se trata de normas o tipos de la parte general, con referencia a una materia determinada, ambas hacen alusión a ella; empero, alguna de las dos tiene uno o más requisitos que no están incluidos en la otra y esto es lo que la hace ser especial.

REYES dice que "un tipo es especial en relación con otro junto con el cual está en vigor, cuando contiene todos sus elementos constitutivos y además otros específicos llamados de especialización, sobre los cuales se funda su validez en relación con el tipo básico o general." (617)

FORTE PETIT acuerda en lo siguiente: "¿En qué consiste el principio de especialidad? Cuando la norma especial contiene la materia o el caso de la norma general, más una nota o elemento específico." (618)

(617) REYES. *Derecho Penal. Parte General*. p. 193. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(618) FORTE PETIT. *Apartamientos de la Parte General de Derecho Penal*. p. 225. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

De acuerdo con este principio, la presencia del tipo especial hace que el fundamental o básico pierda el vigor y en este orden de ideas, tendrá que ser aplicada la disposición que reúna mayores requisitos de especialidad. Aun entre dos normas especiales, predomina la más especial.

La razón que yo encuentro para explicar el predominio de un tipo con mayores requisitos de especialidad es bien sencilla y la explico así: Atendiendo a que la tipicidad es la total adecuación a un tipo específico, noto que solamente podrá darse con relación a un tipo especial o especialísimo, que es el que contiene más requisitos.

Por ejemplo, el artículo 302 del CPF, delito-tipo de homicidio, es el tipo fundamental o básico. El numeral 323 del mismo ordenamiento, delito-tipo de parricidio, es el tipo especial, que significa que a la descripción del homicidio le son agregados dos nuevos elementos: La relación de parentesco y el dolo específico.

Tenemos que un sujeto priva de la vida a su padre en forma dolosa y a pesar de conocer el parentesco. En apariencia existe la tipicidad de dos delitos: Homicidio y parricidio. Digo que es nada más en forma aparente porque en la realidad no sucede así y voy a proceder a explicar el porqué.

Veamos: La tipicidad del delito de homicidio lo único que exige es que se dé la privación de la vida de un sujeto ocasionada por otro. Pero resulta que en la realidad fáctica del delito no salen sobrando dos elementos: La relación de parentesco y la intención especial (dolo específico).

Entonces resulta que en el catálogo de normas penales hay un tipo especial que contiene esos dos elementos y que lo es el parricidio. Las autoridades ministerial o judicial deben declarar existente la tipicidad del parricidio, puesto que resulta que es en este delito-tipo en el que los hechos encuentran una perfecta adecuación.

No puede decirse que solamente exista la tipicidad del homicidio porque en su delito-tipo la realidad fáctica no es subsumible en forma perfecta. Tampoco puede declararse la tipicidad del homicidio y del parricidio, porque son normas incompatibles y con ello estaríamos violando el principio *non bis in idem*.

REYES es de la misma opinión, al sostener: "Cuando esta situación se plantea debe aplicarse el tipo especial con exclusión del fundamental porque, conteniendo los elementos propios del básico, presenta además otros nuevos que permiten adecuar plenamente la conducta respectiva dentro de su marco." (619)

Esta es la situación que se presenta entre un tipo fundamental o básico y uno especial (dos normas de la parte especial del código penal). Voy a explicar qué es lo que pasa cuando la concurrencia implica que existen dos tipos especiales.

El artículo 302 del CPF (tipo fundamental o básico de homicidio), está relacionado con sendos preceptos de la misma parte especial, y los dos que de él surgen tienen carácter de tipos especiales: Los numerales 325 y 327 nos hablan del infanticidio genérico y del específico, respectivamente.

En el tipo 325 a la norma fundamental o básica de homicidio le son agregados los siguientes requisitos: Muerte de un niño, dentro de las setenta y dos horas y por sus parientes. El 327 agrega: La calidad de madre, que no tenga mala fama, que haya ocultado su embarazo, que el nacimiento haya sido oculto y no registrado y la ilegitimidad del infante.

A primera vista, la privación de la vida de un niño por su madre parece adecuarse a los tres preceptos. De entre el fundamental (302 del homicidio) y el especial (325 del infanticidio genérico) quedamos en que sería aplicado este último, por la especialidad. Ahora bien, de entre el 325 y el 327 ¿cuál debe ser aplicado?

Siendo los dos especiales, debe ser aplicado aquél que reúna mayores requisitos de especialidad que será el 327 (si concurren los móviles de honor). Lo mismo sucederá entre tipos de las partes general y especial, del Código Penal y de las normas penales especiales y entre normas especiales, triunfando aquél que sea más especial.

b) El principio de consunción o absorción (*Lex consumens derogat legi consumptae*). Tenemos que aplicar el principio de consunción o absorción cuando la concurrencia de tipos se da en relación a normas de mayor y menor amplitud, siendo la menor consumida o absorbida por la mayor.

Para mí, este principio es idéntico al de especialidad y voy a demostrar cómo fue que llegué a concluir esto, con ejemplos específicos, relacionados con las hipótesis de consunción o absorción que menciona la teoría tradicional del delito, en la voz de sus representantes autorizados.

REYES cita a PUIG PENA cuando trata de darnos la definición de este principio: "Se entiende por principio de consunción aquél que interviene cuando un tipo penal determinado, absorbiendo en sí el desvalor de otro, excluye a éste de su función punitiva." (620)

PORTIE PETIT es de parecer semejante al de nuestro autor anterior, al decir que el principio, (de consunción o absorción) cuando la materia o el caso regulado por una norma, quedan subsumidos en otra de mayor amplitud." (621)

Las hipótesis que pueden presentarse son: (622)

I. Cuando el bien jurídico tutelado por la norma de mayor alcance o amplitud, comprende el tutelado por la norma de menor alcance o amplitud.

1. El artículo 302 del CPF (delito-tipo de homicidio) consume al 288 (delito-tipo de lesiones). Cuando un individuo lesiona a otro y éste muere, no es responsable de lesiones y homicidio, solamente le será imputada la privación de la vida.

Pienso que no hay consunción o absorción alguna ni mucho menos, la variación de tipo, sino que vuelve a regir el principio de la especialidad. En este caso hay responsabilidad del homicidio, si concurren las circunstancias previstas en el artículo 303 del CPF (delito-tipo de lesiones mortales) que es la norma especial, o bien de lesiones, si los requisitos no son cubiertos.

2. La tentativa (artículo 12 del CPF) que es uno de los tipos que conforman a la parte general del ordenamiento penal, queda absorbido en el momento en que fue consumado cualesquier de los delitos previstos en la parte especial o en las normas penales especiales.

En mi opinión tampoco es dable la consunción o absorción, puesto que debe ser aplicado el tipo especial sobre el general y desde luego, el sujeto es nada más responsable de la modalidad del delito consumado.

3. El delito de lesión absorbe al de peligro.

Tampoco lo considero exacto, estimo que también debe ser aplicado el principio de especialidad en su resolución. Ejemplo: Con relación a las amenazas (delito de peligro) y a las amenazas cumplidas (delito de daño), hay una disposición especial (la segunda) que es la que debe ser aplicada (artículos 282 y 284 del CPF, respectivamente).

II. Cuando el hecho previsto por la norma de menor amplitud es un elemento o una circunstancia de la norma de mayor amplitud.

(620) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 148. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(621) PORTIE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 441. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(622) Las hipótesis y algunos de los ejemplos son de PORTIE PETIT. Los argumentos para refutar sus opiniones son míos. PORTIE PETIT., Op. cit., pp. 227 y ss.

No hay absorción o consunción, más bien vuelve a regir el principio de especialidad. Tal es el caso del homicidio y del parricidio que ya expliqué.

III. Cuando los medios exigidos en el tipo, son de mayor amplitud que los exigidos por la norma consumida o absorbida.

De entre los artículos 372 del CPF (robo con violencia) y el 381 fracción IX (robo a mano armada), debe aplicarse el segundo y no hay consunción, sino que será aplicada la norma que contiene mayores requisitos de especialidad y lo es el numeral 381, que tiene implícita la violencia, puesto que quien lleva un arma, está empleando por lo menos la violencia moral, de la que habla el precepto 372.

IV. Cuando los medios exigidos en el tipo corresponden a una figura descrita autónomamente.

Si ha sido cometido un fraude (artículo 386 del CPFS) utilizando la falsificación de un documento (numeral 243), el fraude no subsume a la falsificación, sino que siguiendo el principio de especialidad debe ser aplicado nada más el tipo del fraude, ya que la falsificación únicamente sirvió como medio.

V. En las hipótesis de hecho anterior y hecho posterior.

Aquí no hay consunción de tipos porque estamos en la etapa del agotamiento del delito. Por ejemplo, quien roba una joya y después la vende, no comete robo y fraude, porque solamente realizó la conducta típica del apoderamiento y la venta es un acto de la conducta realizada, que no tiene autonomía.

En todo caso, voy a decir que siempre que hay una concurrencia de tipos y ésta es resuelta con base en el principio de especialidad de las normas, ocurre en fenómeno de la consunción o absorción, puesto que solamente una de ellas es aplicada y podemos decir que no es aplicada la que ha quedado subsumida en la que sí lo es.

c) Los principios de subsidiaridad y alternatividad. Hay subsidiaridad cuando un tipo básico o especial describe un grado diverso de lesión respecto al que debe considerarse como subsidiario y debe ser aplicado aquél que no lo es.

La subsidiaridad es tática cuando la ley no resuelve el problema que está planteado. Es expresa, en cambio, cuando la legislación supedita la aplicación del tipo a que la lesión prevista en él no lo esté en un delito-tipo de mayor jerarquía. Un ejemplo de la subsidiaridad lo tenemos en el robo a casa habitación, relacionado con el allanamiento de morada. (623)

Estamos ante la presencia de la alternatividad, cuando hay dos delitos-tipo que contienen figuras idénticas. (624) "Cuando dos tipos de delito se comportan como dos círculos secantes", diría BINDING. BELING, LISZT y SCHMIDT consideran que se da: "Cuando dos tipos de delito, que tutelan un bien jurídico, se excluyen entre sí, en cuanto a que exigen caracteres contradictorios." (625)

Soy de la opinión de que no deben hablarse tampoco de la subsidiaridad y de la alternatividad, puesto que en ambos casos se presupone la existencia de una norma especial, la cual es la que debe ser aplicada.

Todos los problemas que nos presente una concurrencia de tipos penales deben ser resueltos con base en el principio de especialidad (*lex specialis derogat legis generalis*: La ley especial deroga a la general). En cada hipótesis, siempre habrá una norma especial o de mayor especialidad, que es la que triunfará en la colisión.

(623) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 194. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(624) ROFFÉ PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 232. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(625) Citados por JIMÉNEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo III., p. 909. Editorial Losada. A., Buenos Aires, 1956.

Para los casos de duda por obscuridad u omisión de la ley, rige el principio in dubio pro reo (en caso de duda debe estarse a lo que más favorezca al acusado). Como menciona la ley procesal penal: En caso de duda, la autoridad judicial debe absolver. (626) Cualquiera obscuridad u omisión de la ley favorecerá al procesado.

Resulta que solamente a un determinado tipo debe ser subsumida la realidad de hecho del delito, que no es válido tratar de adecuarla a dos o más, porque estaríamos vulnerando el principio non bis in idem, que se expresa en dos fórmulas: Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito y nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo delito.

Aun las diversas opiniones de distintos autores en la teoría tradicional del delito, cuando tratan de explicarnos la resolución a la concurrencia de tipos penales, pueden quedar reducidas al principio de especialidad. (627) El tipo especial con mayores requisitos de especialidad siempre triunfará.

(134) LAS CONSECUENCIAS DE LA APARICIÓN DEL ELEMENTO REGULADOR.

También las consecuencias que son derivadas de la aparición del elemento regulador o tipicidad deben estar referidas a dos momentos diferentes que son: El de la prueba y el de la comprobación. En el proceso de la valoración jurídica del delito y de la responsabilidad debe probarse y comprarse la presencia de la tipicidad.

En el momento de la prueba, que es aquel que es realizado por la autoridad ministerial, deben ser sostenidos los elementos probatorios necesarios para presumir (salvo prueba en contrario) que el elemento regulador o tipicidad ha quedado plenamente integrado con todos los requisitos constitutivos del modelo legal.

El momento de la comprobación, en el cual es realizada la valoración netamente jurídica por la autoridad judicial de lo penal, nos va a servir para declarar en forma oficial que se ha dado la tipicidad de un delito-tipo determinado, para proceder a la prueba y a la comprobación del elemento valorativo o antijuridicidad.

En ambos casos debe comprobarse además, que la conducta típica es antijurídica y culpable, para decir que se ha integrado el delito. Cuando en el mundo jurídico ha sido probada y comprobada la existencia de la tipicidad, el siguiente paso es abocarnos a demostrar que existe la antijuridicidad.

(a) EN LA REALIDAD FÁCTICA.

Cuando en el mundo de los hechos el elemento regulador o tipicidad deja sentir sus efectos, está permitido hacer la referencia a una figura determinada, que está incluida en el marco de explicitación del delito-tipo al cual hubo adecuación o conformidad de los hechos de que se trata en la realidad fáctica.

La primera noción de la tipicidad en el área de la causalidad, la tenemos cuando todos los componentes de la conducta se han adecuado al verbo regulador de un delito-tipo.

(626) Artículo 247 del CPP, que dice: "En caso de duda debe absolverse. No podrá condenarse a un acusado, sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa".

(627) BELING parte de las relaciones lógicas entre los tipos y habla de los siguientes principios: 1. Exclusividad, que conduce a la alternatividad. 2. Especialidad. Neutralidad, que se trata de la subsidiaridad y puede ser llamada consunción. VON HIPPEL menciona a la especialidad y a la consunción. GRISPIGNI alude a la especialidad, subsidiaridad y consunción. SOLER explica la exclusividad (por alternatividad o consunción), la especialidad y la subsidiaridad. GAVIER opina que deben emplearse la exclusividad, la especialidad y la neutralidad (subsidiaridad y consunción), JIMENEZ DE ASUA los reduce a: Principios de alternatividad, especialidad, subsidiaridad, consunción. Cfr. JIMENEZ DE ASUA, La Ley y el Delito, p. 143 a 148. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(D) EL ASPECTO NEGATIVO.

Hasta aquí, he hablado únicamente de los tópicos que deben analizarse en el aspecto positivo del elemento regulador o tipicidad, mas es necesario también estudiar las hipótesis que pueden originar su aspecto negativo y que producen la anulación del delito en el mundo jurídico-penal.

En el proceso de la valoración jurídica del segundo de los elementos del delito debe demostrarse que vayan colmándose uno a uno los requisitos que pide el delito-tipo de que se trate; si resulta la ausencia de uno solo de ellos, existe una causa de atipicidad, que impide la calificación de ese título delictivo.

Si hay elementos suficientes para probar que puede haber una total adecuación o conformidad con otro tipo de delito, debe continuarse con el proceso de la valoración, para demostrar e integrar su tipicidad y si no los hay, debe ser declarada la inexistencia del delito y ante ella no es necesario demostrar la responsabilidad del sujeto.

Hay atipicidad, en términos generales, cuando no es posible subsumir la conducta y todas sus características en un determinado delito-tipo, bien sea porque falta alguno de los requisitos que integran su descripción, o bien porque no hay modelo al cual podamos referir el comportamiento.

Si no puede demostrarse que existe la tipicidad de alguno de los delitos-tipo, la conducta del individuo dejará de motivar el interés en el área jurídico-penal y no será necesario observar si pueden o no presentarse los restantes elementos del delito que tengamos en nuestra concepción.

Considerando el orden lógico existente entre los elementos del ente jurídico-penal, cuando parece que hemos probado una causa de las que niegan la tipicidad, ya no será necesario que atendamos a que si la anti-juridicidad y la culpabilidad pueden darse y procede declarar la inexistencia del delito.

La concepción dogmática del aspecto negativo del elemento regulador o tipicidad (la atipicidad), la podemos obtener interpretando a contrario sensu el artículo de la legislación que contenga los requisitos que describen a delito-tipo que está siendo cuestionado en el proceso de la valoración jurídica.

En el aspecto negativo de este segundo elemento del delito quedan en firme los principios rectores generales del derecho que dan lugar a las máximas o dogmas jurídicos: *Nullum crimen sine lege scripta et stricta, nullum crimen sine typo* y *nullum crimen sine tipicidad*, que propugnan la seguridad jurídica.

(135) LAS CAUSAS DE ATIPICIDAD.

Para el marco teórico del aspecto negativo del elemento regulador o tipicidad, tengo los siguientes temas:

1. La Ausencia de Tipo.
2. La Falta del Presupuesto del Delito Particular.
3. La no adecuación al Verbo Regulador.
4. La Carencia de Alguna de las Modalidades de la Conducta.
5. La Carencia de los Requisitos que Deben Reunir los Sujetos.
6. La Ausencia del Objeto Material.
7. La Falta del Bien Jurídico.
8. La Carencia de los Elementos Subjetivos.
9. La Falta de los Elementos Normativos.

(a) LA AUSENCIA DE TIPO.

Esta es la única hipótesis en que la atipicidad provoca en forma instantánea la anulación del delito para el mundo jurídico; en los demás casos, como explicaré en los siguientes incisos, habrá posibilidades de intentar una calificación jurídica diversa, o bien, aparecerá una tentativa de un determinado delito.

Para REYES, la ausencia de tipo produce una atipicidad absoluta. (628) RANIERI y PUIG PENA la incluyen en las hipótesis generales de atipicidad. (629) Finalmente, PORTE PETIT la estima como el aspecto negativo del tipo y al estudiarla la separa de lo que son las causas generales de atipicidad. (630)

En mi concepto, la ausencia de tipo es el más puro de los supuestos de la atipicidad y existe cuando nos enfrentamos ante la imposibilidad de referir la conducta a un determinado delito-tipo, porque su descripción no ha sido hecha en los modelos legales de las normas de la parte especial del código penal o en las normas penales especiales.

Uno de los más preciados principios rectores generales del derecho que han recogido las legislaciones de los países que adoptan un estado de derecho es aquel que propugna: *nillum crimen sine typo*; lo cual quiere decir que de ninguna manera podrá juzgarse a una conducta que no esté descrita en los catálogos penales.

Al parecer en México es violado en forma constante esta máxima penal, puesto que el artículo 273 del CPF, en el cual está establecida la sanción aplicable a los culpables de adulterio, aunque en la legislación no se nos explica cuál es la conducta que va a constituir este delito.

A primera vista, se entiende que es a las autoridades ministerial y judicial a quienes les corresponderá trazar las cualidades que debe tener el comportamiento que va a ser considerado como el verbo regulador del delito-tipo de adulterio, atendiendo a las normas de cultura que posee la sociedad.

Al menos esto piensa BELING, cuando dice: "Es por eso lo que regula la la constitución de estadios contenidos, (habla de la parte especial del código penal) y que las insuficiencias de la letra de la ley en las disposiciones especiales deben salvarse por medio de la interpretación; por ejemplo, donde los elementos del delito-tipo en modo alguno se expresan, sino que solamente se da el nombre del tipo: -injuria-, -gran alboroto-." (631)

Son cuatro los artículos del CPF que hacen referencia al delito de adulterio (Artículo décimo quinto "Delitos Sexuales" Capítulo IV "Adulterio", artículos 273, 274, 275 y 276) y ninguno de ellos describe la conducta.

A mi juicio, como en la materia penal impera la fórmula: "*Nullum crimen nulla poena sine lege scripta et stricta*", es de concluirse que las autoridades están impedidas para dar inicio a la pretensión punitiva estatal por el delito de adulterio, cuya descripción típica no está en la ley.

La ausencia de tipo o de punibilidad específica (delito-tipo) origina una hipótesis de atipicidad, la primera y la más importante, porque es la salvaguarda de una de las manifestaciones del principio de legalidad.

En México la SCJN considera que es distinto hablar de ausencia de tipo y de atipicidad: "Dentro de la teoría del delito, una cuestión es la ausencia de tipicidad o atipicidad y otra diversa la falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito), pues la primera supone una conducta que no llega a ser típica por la falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a cualidades en los sujetos, de referencias temporales o espaciales, de elementos subjetivos, etc., mientras la segunda, presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley." (632)

La ausencia de tipo puede dar lugar a un delito putativo, en el supuesto de que el agente crea que la conducta que ha realizado se encuentra descrita en la ley y tiene señalada una sanción. (633)

(628) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. . Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(629) RANIERI. Diritto Penale. pp. 102-104. Milano, 1945. PUIG PENA. Derecho Penal. Tomo I. p. 244. Madrid, 1955.

(630) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 465-467. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(631) BELING. Escuela de Derecho Penal. p. 44. Editorial Depalma, Buenos Aires. 1944.

(632) B.I.J. Tomo XIV, p. 262.

(633) PORTE PETIT. Op. cit., p. 467.

(b) LA FALTA DEL PRESUPUESTO PARTICULAR DEL DELITO.

Hay una causa que da lugar a una hipótesis de atipicidad cuando el marco de explicitación del delito-tipo requiere de la existencia de un presupuesto particular del delito de carácter jurídico o material y éste no llega a ser probado o comprobado en el proceso de la valoración jurídica.

La falta del presupuesto del delito particular origina una causa de atipicidad para una calificación jurídica determinada, aunque no impide que pueda llegar a darse otro título delictivo, siempre en el supuesto de que sean probadas y comprobadas las restantes características típicas de la infracción de que se trate.

Por ejemplo, el delito de parricidio requiere de la previa existencia de una relación de parentesco entre los sujetos activo y pasivo; es decir, que para calificar como típica la conducta de privación de la vida en el parricidio, se requiere que el pasivo sea ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta legítimo o natural del agente y el dolo específico.

Si ese parentesco no existe, de manera alguna podríamos decir que la del sujeto activo ha sido adecuada al delito-tipo de parricidio, aunque podría presentarse un homicidio, que es el tipo fundamental o básico, si además se prueban y comprueban la antijuridicidad y la culpabilidad.

(c) LA NO ADECUACIÓN AL VERBO REGULADOR.

Puede presentarse una causa de atipicidad cuando el comportamiento del sujeto no sea conforme a las prescripciones del verbo regulador del delito-tipo al que pretendemos subsumirlo; es decir, que si se pide privar de la vida y la conducta que asumió el individuo no es tal, debe declararse la atipicidad.

Son tres las hipótesis que pueden aparecer, a saber: a) Cuando la conducta dno es adecuada a verbo regulador alguno (en la ausencia de tipo). b) Cuando el comportamiento no parece subsumible en un verbo regulador y sin embargo, puede conformarse a otro. c) Cuando el verbo regulador no es cumplido en forma plena.

La primera de estas situaciones fue explicada en el inciso (a) y da lugar a la negación del delito en el mundo jurídico-penal sin mayores trámites o dilaciones. En la segunda es preciso analizar que se reúnan además los restantes elementos típicos, la antijuridicidad y la culpabilidad.

En el tercer supuesto habremos de atender a que si la realización parcial de la conducta típica puede estar en posibilidades de integrar al delito de que se trata, aunque en forma de tentativa. A la realización total que no llega a la consumación del delito, también debe tenerse en un grado de intento.

Por ejemplo, la conducta de portar pantalón azul de mezclilla no ha sido incluida en los catálogos de normatividad jurídico-penal y por lo tanto, si alguno lo lleva puesto, la pretensión punitiva estatal no debe surgir, en virtud de que este comportamiento representa un indiferente jurídico para nuestra área.

Tratándose de la conducta del apoderamiento, *verbi gratia*, no nos es factible hablar de una tipicidad del abuso de confianza, cuyo comportamiento típico está referido a la disposición de una cosa ajena mueble, de la cual el sujeto activo haya tenido la tenencia y no el dominio.

Así vemos que es preciso que las autoridades busquen entre los delitos-tipo existentes aquél que describe la conducta de la disposición de una cosa ajena mueble y si encuentran que existe adecuación con su verbo regulador y la conducta asumida por el activo, se presume la tipicidad, hasta comprobarla al cumplirse los demás requisitos típicos.

El verbo regulador o rector del tipo es el que nos da la calificación jurídica de un delito determinado, así el apoderamiento se refiere al robo, la disposición al abuso de confianza, la obtención al fraude, la cópula violenta a la violación sexual, la realización de un acto onírico a los atentados al pudor, etc.

Los demás requisitos típicos que matizan a la conducta o la complementan, nos sirven para diferenciar a los tipos de delitos que puedan tener el mismo rector; esto sucede por ejemplo, en aquellos que protegen la vida individual, en donde la privación de la vida da lugar al homicidio.

Si a esa privación de la vida la revestimos con una relación de parentesco (consanguinidad) y con un dolo específico, tendremos al parricidio y si además posee una referencia temporal (setenta y dos horas del nacimiento) hay lugar para hablar de un infanticidio y si agregamos móviles de honor y la calidad de madre, hay un infanticidio privilegiado.

En ocasiones el resto de los elementos típicos cumplen con una función que también es importante y que consiste en ayudarnos a clasificar los actos de ejecución que pueden ser constitutivos de un delito en grado de tentativa, en el cual la conducta típica es desarrollada en forma parcial o total, sin llegar a la consumación.

Por ejemplo, en el delito de violación, cuyo elemento material está constituido por una cópula obtenida por medio de la violencia física o moral, para determinar la existencia de una tentativa inacabada, debe atenderse a los actos constitutivos de la vis absoluta o compulsiva y a la finalidad de lograr el ayuntamiento carnal.

(d) LA CARENANCIA DE ALGUNA DE LAS MODALIDADES DE LA CONDUCTA.

Hay una hipótesis de atipicidad cuando en el proceso de la valoración jurídica del delito llega a faltar alguna de las modalidades de la conducta que exige el delito-tipo y que pueden consistir en referencias de lugar, tiempo u ocasión, o bien en alguna exigencia de medios a emplear.

Como ejemplo tomo el artículo 262 del CPF, que corresponde al delito-tipo de estupro: "Al que tenga cópula con una mujer menor de dieciocho años (referencia temporal), casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio del engaño (exigencia de medios), se le aplicarán...."

El sujeto puede tener la cópula con una mujer menor de dieciocho años (mayor de doce), casta y honesta y sin embargo, no habrá tipicidad de estupro si empleó la fuerza física, porque nos falta el requisito típico de que el ayuntamiento carnal sea logrado por medio del engaño.

En otra hipótesis sobre el mismo ejemplo, la mujer es casta y honesta, para lograr su propósito el agente emplea el engaño, tratándose de una mayor de dieciocho años y tampoco habrá tipicidad de estupro, al faltar la referencia temporal con respecto a la edad que es exigida como elemento típico.

(e) LA CARENANCIA DE LOS REQUISITOS QUE DEBEN REUNIR EL SUJETO ACTIVO Y EL PASIVO.

Cuando el delito-tipo en las peticiones de su descripción normativa hace referencia a una calidad o a un número respecto a los sujetos activo o pasivo del delito y éstas no son cumplidas, hay suficientes motivos para que hablemos de la existencia de una causa de atipicidad que anula al ente jurídico.

Son cuatro las hipótesis que pueden presentarse en este supuesto, a saber: a) Falta de calidad en el sujeto activo. b) Falta de calidad en el sujeto pasivo. c) Falta del número de sujetos activos. d) Falta del número de sujetos pasivos. La ausencia de cualesquier de estos requisitos provoca la atipicidad.

Como ejemplos podemos citar los siguientes: La falta de calidad en el sujeto activo, corresponde al artículo 231 del CPF, habrá atipicidad si quien alega hechos falsos o leyes inexistentes o doradas no es abogado, patrono o litigante, o bien está ostensiblemente patrocinado por un abogado.

La falta del número de sujetos activos corresponde al artículo 272 del CPF, porque este precepto exige no solamente la presencia de dos personas, sino que además requiere que tengan cierta calidad y desplieguen sendas conductas heterogéneas encaminadas hacia un mismo fin; no hay tipicidad con un solo sujeto autor.

(f) LA AUSNCIA DEL OBJETO MATERIAL.

Según el parecer de la mayoría de los autores penalistas clásicos, otra de las causas de atipicidad que puede presentarse es debido a la falta del objeto material en el cual debe recaer la conducta delictuosa, que en mi opinión da lugar a que pueda hablarse de una tentativa imposible del delito de que se trate.

Por ejemplo, cuando un sujeto tiene la intención de lesionar a otro y cayéndolo acostado en la cama, despliega su conducta lesiva sobre una almohada. En este supuesto es evidente que no puede hablarse de una tipicidad del delito consumado de lesiones, aunque sí de una tentativa imposible del mismo.

Por lo general las legislaciones no distinguen entre las clases de tentativa de delito, a lo más hablan del intento acabado y del inacabado, otorgándoles un idéntico tratamiento y al desistimiento, al arrepentimiento y a la tentativa imposible los dejan sin sanción, precipitando la impunidad.

En realidad, la tentativa imposible es una variante, bien sea de la tentativa acabada o de la inacabada, según haya un comienzo o una total ejecución o in ejecución, puesto que la falta de bien jurídico, objeto material o de medios idóneos, es ajena a la voluntad del agente activo.

(g) LA FALTA DE BIEN JURIDICO.

Cuando hay una carencia del objeto que es tutelado por el área jurídico-penal, estamos en una situación semejante a la que expliqué en el inciso anterior, puesto que en la doctrina se habla de una hipótesis de atipicidad y en mi consideración, existe una tentativa imposible del delito de que se trate.

Verbi gratia, cuando un sujeto tiene el propósito de privar de la vida a su ascendiente consanguíneo en línea recta, a pesar de conocer el parentesco que los une, realiza un disparo de arma de fuego y resulta que el sujeto pasivo ya no tiene vida, hay una tentativa imposible del delito de parricidio.

(h) LA CARENIA DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Solamente puede dar lugar a una hipótesis de la atipicidad la ausencia de un elemento subjetivo especial (dolo específico), cuando en la descripción típica sea requerido y no logre ser demostrada su presencia. En algunos casos podrá llegar a ser integrado un título delictivo diferente.

El artículo 323 del CPF, delito-tipo de parricidio nos sirve como ejemplo: "Se da el nombre de parricidio al homicidio del padre, de la madre o de cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco."

El parricidio requiere de una intención específica, un doble dolo: a) Intención genérica: Querer privar de la vida. B) Intención especificada: Querer privar de la vida al pariente típico. En ausencia del dolo específico, que es elemento subjetivo especial del delito tipo, no hay tipicidad de este delito.

Aunque un individuo prive de la vida a su padre, a su madre o a cualquier otro ascendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales y sepa de la existencia de ese parentesco, si no dirigió su conducta a ese fin, no hay tipicidad en el delito de parricidio y debe ser declarada su inexistencia.

Queda la posibilidad de integrar un homicidio (en su modalidad culposa), verbi gratia en el supuesto de la aberratio ictus o in personam, si es que no se presenta algún aspecto negativo de la antijuridicidad o de la culpabilidad.

(i) LA NO CONCORDANCIA CON LOS RECTORES PARA LA VALORACION.

Son dos las hipótesis que tenemos que analizar en este último supuesto: En el primer plano tenemos a los elementos normativos de valoración jurídica o cultural y en el segundo a los rectores generales para realizar la valoración jurídica del delito, ambos pertenecientes a los elementos típicos.

Hay una causa de atipicidad cuando estamos frente a la ausencia de los elementos típicos de carácter normativo que requiere la figura del delito de que se trata en el caso concreto que es objeto de análisis, bien sean de valoración jurídica o cultural, ambos tienen el mismo efecto.

Menciono como ejemplo al artículo 262 del CPF, delito-tipo de estupro: "Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta (elementos normativos de valoración cultural), obteniendo su consentimiento por medio del engaño."

No habrá tipicidad del delito de estupro, aunque la mujer con la que se logró el ayuntamiento carnal tenga menos de dieciocho años y más de doce, obteniendo su consentimiento por medio del engaño, si se logra probar que ella no era casta y honesta en el momento de los hechos, a pesar de que se reúnen los otros elementos típicos.

Los factores generales para la valoración jurídica del delito no constituyen propiamente una causa que dé lugar a la atipicidad, aunque cuando no concuerden entre sí, nos resulte imposible la integración de la figura delictiva de que se trata en el supuesto que analizamos.

Ya dije que no podríamos hablar de un delito de robo, con una conducta de peculado, una tipicidad del fraude, una antijuridicidad de abuso de confianza y una culpabilidad del cohecho, aunadas a una responsabilidad por administración fraudulenta, aun cuando todas las figuras se relacionen con la posesión y la propiedad.

En todos los supuestos que nos correspondía analizar, estos factores generales para la valoración jurídica del delito deben coincidir con un determinado título delictivo, para poder darles la calificación de cierta figura. Asimismo delito y responsabilidad deben seguir la misma guía.

(136) LAS CONSECUENCIAS DE LA AUSENCIA DEL ELEMENTO REGULADOR.

Si en el proceso de la valoración jurídica del delito aparece alguna de las causas de atipicidad, las autoridades ministerial y judicial tienen la obligación de negar la existencia del elemento regulador o tipicidad y declarar que el ente jurídico ha desaparecido en la relación procesal penal.

La ausencia del delito-tipo, de los presupuestos particulares del delito, de alguna de las modalidades de la conducta, de los requisitos referentes a los sujetos activo o pasivo o de los elementos normativos de valoración jurídica y cultural, son motivos suficientes para anular a la tipicidad en el ámbito jurídico-penal.

(a) EN LA REALIDAD FACTICA.

Para el mundo de los hechos, las causas de la atipicidad no sirven para destruir a la manifestación delictiva que se ha hecho presente, mas no podrá aplicarse sanción alguna al sujeto que la realizó, en virtud de que opera el principio *nullum crimen nulla poena sine tipicidad*.

Aun cuando sea declarada la existencia de una causa de atipicidad absoluta o relativa, el sujeto ya no podría ser sancionado por la conducta descrita en la norma a la cual está referida la causa que originó la atipicidad del delito por el cual se le sigue la relación procesal penal.

Sólo podría sancionársele cuando la causa de atipicidad dé lugar a la integración de otro delito-tipo (variación o traslación de tipo) y en los casos de tentativa imposible, si es que el sujeto es peligroso y el código penal aplicable acepta este índice para la punición o le señala a la figura una sanción específica.

(b) EN EL MUNDO JURIDICO.

Cuando la conducta integral del sujeto (con todos sus elementos constitutivos) no pueden ser subsumidos en el tipo penal que motivó el proceso de la valoración jurídica del delito, la relación procesal penal habrá terminado allí, dado que no puede integrarse al delito.

En este supuesto, ya no será necesario atender a las situaciones de que si la conducta puede ser antijurídica y culpable y más ocioso resultaría el abocarnos a tratar de conformar a la responsabilidad. Si es en averiguación previa procederá el archivo y en el juicio, la absolución.

Pueden presentarse tres hipótesis diferentes a este respecto, que son: 1) La no integración de delito-tipo alguno. 2) La integración de un delito-tipo diverso al que originó el proceso penal. 3) La presencia de un delito imposible.

La no integración de delito-tipo alguno no presenta problemas, la autoridad ministerial o judicial debe declarar la inexistencia del delito y olvidarse de configurar la responsabilidad del procesado.

La posibilidad de integrar un delito-tipo diverso al que originó el proceso penal, que en la doctrina es conocida como variación o traslación de tipo, ocurre cuando por falta de alguno de los elementos típicos no se da la tipicidad de un delito determinado, aunque puede integrarse la de otro.

Si esta situación se presenta en la averiguación previa debe procederse a la reclasificación del título delictivo, para hacer la consignación por el nuevo delito. Si ocurre en el juicio, el Ministerio Público solamente podrá variar la clasificación, si no altera los hechos y acusar por el nuevo delito.

La autoridad judicial está imposibilitada para hacer esa reclasificación y debe sujetarse a la acusación que haya sido formulada por el Ministerio Público adscrito y por lo tanto, debe declarar la inexistencia del delito, siendo irrelevante que entre al análisis de la responsabilidad del acusado.

Cuando existe un delito imposible (tentativa imposible), por falta de bien jurídico, objeto material o medios idóneos, de hecho hay un grado de delito que merece ser sancionado, cual si se tratara de una tentativa inacabada o acabada. Eppure, las legislaciones lo han dejado sin sanción.

(E) LOS CUADROS SINOPTICOS.

(A) EL ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO REGULADOR. LA PRESENCIA DE LA TIPICIDAD.

PRINCIPIO RECTOR: Nullum crimen sine tipicidad (no hay delito sin tipicidad)

DELITO-TIPO.

P
R
E
S
E
N
T
E

PARTE OBJETIVA
O CAUSAL:

PARTE SUBJETIVA
O FINAL:

PARTE REGULADORA:

PARTE SANCIONADORA:

Presupuestos particulares del delito. Verbo regulador. Deber ser jurídico-penal. Modalidades de la conducta. Sujeto activo. Sujeto pasivo. Bien jurídico. Objeto material.
Elementos subjetivos generales. Elementos subjetivos especiales. Elementos del juicio cognitivo.
Elementos normativos. Rectores generales para la valoración. Posición legal de garantía.
Punibilidad. Excusas absolutorias.

TIPICIDAD.

E
L
E
M
E
N
T
O

ELEMENTOS DEL
DELITO-TIPO:

EXACTA ADECUACION O CONFORMIDAD A :

Presupuestos particulares del delito:
De naturaleza jurídica.
De naturaleza material.

Verbo regulador:
Prohibitivo.
Prescriptivo.

Modalidades de la conducta:
Referencias de lugar.
Referencias de tiempo.
Referencias de ocasión.
Exigencia de medios.

Sujeto activo:
Calidad.
Número.

Sujeto pasivo:
Calidad.
Número.

Objeto material:
Real.
Personal.

Bien jurídico:
Individual.
Social.
Estatal.

Elementos subjetivos:
Generales.
Especiales.
Del juicio cognitivo

Rectores para la valoración:
Elementos normativos (de valoración jurídica o cultural).

(b) EL PRESUPUESTO DEL ELEMENTO REGULADOR O TIPICIDAD. LA EXISTENCIA DEL DELITO-TIPO.

PRINCIPIO RECTOR: Nullum crime sine typo (no hay delito sin tipo).

FUNCION DEL TIPO	Función independiente. Función indiciaria de la antijuridicidad. Función de la ratio essendi de la antijuridicidad. Función de la concreción y de conocimiento.
CLASES DE TIPO:	Generales. Especiales. Descriptivos. Justificativos. Negativos. Sancionadores. Prohibitivos. Prescriptivos.
DELITO CONSTRUCCION DEL TIPO:	Parte objetiva o causal. Parte subjetiva o final. Parte reguladora para la valoración. Parte sancionadora. Presupuestos particulares: Verbo regulador.
DELITO ELEMENTOS DEL TIPO:	Debe ser jurídico-penal. Modalidades de la conducta. Sujetos activos y pasivos. Bien jurídico. Objeto material. Elementos subjetivos. Rectores para la valoración. Posición legal de garantía. Punibilidad.
CLASIFICACION DEL DELITO ATENDIENDO AL TIPO.	Fundamental o básico Especial. POR SU ESENCIA. Autónomo. Complementado o subordinado. Presuncionalmente complementado. Formulación libre. Formulación casuística. POR LOS MEDIOS. Formulación alternativa Formulación copulativa. POR LA CONDUCTA, LOS MEDIOS, LOS ELEMENTOS SUBJE- TIVOS O NORMATI- VOS. Común. Propio o exclusivo Monosubjetivo Plurisubjetivo. POR EL SUJETO ACTIVO. Personal. Impersonal. Monopasivo. Pluripasivo. POR EL SUJETO PASIVO. Normal. Anormal. POR LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS Y NORMATIVOS. Simple. Complejo. POR EL BIEN JURIDICO.

(c) ELEMENTO REGULADOR O TIPICIDAD.

PRINCIPIO RECTOR: Nullum crimen sine lege scripta et stricta (no hay delito sin ley escrita y estricta).

PRESUPUESTO: {Existencia del delito-tipo.

ELEMENTO: {Adecuación exacta a los elementos del tipo

CONCEPTO: Exacta adecuación a:
Presupuestos particulares del delito.
Verbo regulador.
Modalidades de la conducta.
Requisitos de los sujetos.
Bien jurídico.
Objeto material.
Elementos subjetivos específicos.
Elementos normativos.

FUNCION: Función de la pura coordinación (BELING)
Función indiciaria de la antijuridicidad (ANTOLISETI).
Función de la antijuridicidad como ratio essendi de la tipicidad (BLASCO Y FERNANDEZ DE MOREDA).
Función garantizadora y sistematizadora (REYES).

IMPORTANCIA Respeto al artículo 11, número 2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, característica esencial del estado de derecho.

(d) LAS CARACTERISTICAS DEL DELITO-TIPO.

COMPOSICION:

PRECEPTO: Detalla el tipo de conducta regulada, a través de prohibiciones y prescripciones. (TIPO).
SANCIÓN: Marca la naturaleza cualitativa y cuantitativa de las consecuencias jurídicas que genera el delito (PUNIBILIDAD).

GENERALES: Están dirigidos a todo el núcleo social, únicamente distinguen en su aplicación.

ABSTRACTOS: Son esquemas de comportamiento generales, prohibido concretar en la conducta de alguno.

IMPERATIVOS: Son mandatos categóricos de comportamiento, órdenes del Estado.

COERCITIVOS: Imponen y ejecutan la sanción aún en contra de la voluntad de quien la padece.

CARACTERISTICAS:

COACTIVOS: Amenazan con la imposición de una sanción coercitiva.

ORIGINALES: En su mayoría describen conductas no reguladas en otra ley jurídica.

PREFERENTEMENTE CONSTITUTIVO Y EXCEPCIONALMENTE SANCIONADORES: Elabora sus propios preceptos y excepcionalmente sanciona los de otras áreas jurídicas.

AUTONOMOS: Su existencia no depende de otra normatividad, funcionan con caracteres peculiares y tienen una finalidad específica.

(e) LA CONCURRENCIA DE TIPOS PENALES.

DENOMINACION:	Concurso de Leyes (CUELLO CALON y FERRER SAMA). Concurso aparente de normas (AMOUISEI). Concurso aparente de tipos (JIMENES HUERTA y REYES) Concurrencia de normas incompatibles entre sí (FORTE PETIT). Concurrencia de tipos penales (MEDINA HERNANDEZ).
CONCEPTO:	Hay concurrencia de tipos penales cuando la conducta o materia que está siendo valorada para quedar subsumida en dos o más normas, o bien está regulada por más de una de ellas y resulta que solamente una de las disposiciones debe ser aplicada.
HIPOTESIS:	Tipos de la parte general de los códigos penales. Tipos de la parte especial de los códigos penales. Tipos de la parte general y de la especial de los códigos penales. Tipos de la parte general o especial de los códigos penales y normas penales especiales. Normas penales especiales.
CRITERIOS PARA RESOLVER:	Unitario (un solo principio para todas las hipótesis). Pluralista (dos o más principios). Especialidad. Consumación o absorción (con cuatro hipótesis, cfr. p. de este capítulo). Subsidiaridad. Alternatividad.
MI CRITERIO:	Unitario (solamente el principio de especialidad, gobernando la norma que reúna mayores requisitos de especialidad en todos los supuestos).

(f) LAS CAUSAS DE ATIPICIDAD.

C A U S A S :	E F E C T O S :
AUSENCIA DE TIPO:	Provoca sin más, la ausencia del elemento regulador
FALTA DEL PRESUPUESTO PARTICULAR DEL DELITO:	Puede dar lugar a la integración de otro delito, o bien atipicidad.
NO ADECUACION AL VERBO REGULADOR:	<ol style="list-style-type: none"> 1. A ninguno: Ausencia de tipicidad. 2. A otro diverso: Cambio de calificación jurídica, o bien atipicidad.
CARENCIA DE LAS MODALIDADES DE LA CONDUCTA:	<ol style="list-style-type: none"> 1. Referencias temporales, espaciales o de ocasión: Cambio de clasificación jurídica, o bien atipicidad. 2. Exigencia de medios: Atipicidad o tentativa imposible.
CARENCIA DE LOS REQUISITOS DE LOS SUJETOS:	Puede darse la atipicidad o el cambio de calificación jurídica.
AUSENCIA DE OBJETO MATERIAL:	Tentativa imposible del delito
AUSENCIA DE BIEN JURIDICO:	Tentativa imposible del delito.
CARENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIFICO:	Atipicidad o cambio de calificación jurídica.
FALTA DE ELEMENTOS NORMATIVOS:	Atipicidad o cambio de calificación jurídica.

NOTAS: La no concordancia de los retores para la valoración no es propiamente una causa de atipicidad, aunque nos impide integrar debidamente al delito.
 El deber ser jurídico-penal y la posición legal de garantía aun cuando son elementos del tipo, no forman parte de la tipicidad ni de la atipicidad, su valoración debe hacerse en los elementos valorativos (antijuridicidad) y normativo (culpabilidad).

(g) LAS CAUSAS GENERALES DE ATIPICIDAD Y SUS EFECTOS.

1. No integración de delito-tipo alguno = atipicidad.
2. Integración de un delito-tipo diverso = atipicidad del primero y debe verificarse la tipicidad del segundo (recalificación del delito).
3. Presencia de un delito o tentativa imposible (por falta de bien jurídico, objeto material o medios idóneos).

LA ATIPICIDAD
(HIPOTESIS)

EFFECTOS GENERALES:

Reafirma el principio *Nullus crimen sine tipicidad* (no hay delito sin tipicidad), relacionado con el artículo 11, número 2, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

(F) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1. ANTOISEI, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale.
2. BELING, Esquema de Derecho Penal.
3. BELING, Tratado de Derecho Penal, Tomo I.
4. BELING, El Rector de los Tipos de Delito.
5. BETTIOL, Derecho Penal, Parte General.
6. CASTELLANOS TENA, Lineamientos Elementales de Derecho Penal.
7. CUELLO CALON, Derecho Penal, Tomo I.
8. FONTAN BALESTRA, Misión de Garantía del Derecho Penal.
9. FRANCO GUZMAN, Delito e Injusto.
10. FERRER SAMA, Comentarios al Código Penal, Tomo II.
11. JIMENEZ HUERTA, La Tipicidad.
12. JIMENEZ DE ASUA, La Ley y el Delito.
13. JIMENEZ DE ASUA, Tratado de Derecho Penal, Tomo III.
14. LISZT, Tratado de Derecho Penal, Tomo I.
15. MARQUEZ PIÑERO, El Tipo Penal.
16. MAURACH, Tres Conferencias.
17. MEDINA HERNANDEZ, La Antijuridicidad, Problema Capital del Derecho.
18. MEDINA HERNANDEZ, La Función del Derecho Penal como Protección a los Bienes Jurídicos.
19. MAGGIORE, Derecho Penal, Tomo I.
20. MEZGER, Tratado de Derecho Penal, Tomo II.
21. NOVOA MONREAL, Curso de Derecho Penal Chileno.
22. PANNAIN, Manuale di Diritto Penale.
23. RANIERI, Diritto Penale.
24. PUIG PERA, Derecho Penal, Tomo I.
25. RECASENS SICHES, INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO.
26. REYES, Derecho Penal, Parte General.
27. RODRIGUEZ MURTOZ, Valor Funcional de la Tipicidad.
28. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española.
29. REYES, Derecho Penal, Parte General.
30. SOLER, Derecho Penal Argentino, Tomo I.
31. PAVON VASCONCELOS, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General.
32. PORTE PETIT, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal.
33. WESSELS, Derecho Penal, Parte General.
34. ZAFFARONI, Teoría del Delito.

CAPÍTULO TERCERO.

NULLUM CRIMEN SINE ANTIJURIDICIDAD.

LA TEORÍA GENERAL DEL ELEMENTO VALORATIVO.

"La valoración de las conductas que contrarían las normas jurídicas, constituye el espíritu de la antijuridicidad; juicio de valor que se lleva a cabo sobre principios normativos de naturaleza jurídica y cultural. Así, dentro de la ciencia jurídico-penal se ha afirmado que la antijuridicidad es el elemento esencial general valorativo del delito".

FLOR DE MARIA.

El problema de dedicamos a delinear en forma perfecta los principios que regirán a la teoría general de la antijuridicidad es básico para la ciencia jurídica, habida cuenta de que su precisa determinación ha de servirle de basamento a todo el sistema normativo ideado para la protección del Derecho.

Según mi opinión, de muy poco nos serviría tener unas normas de comportamiento en sociedad perfectamente bien estructuradas, si no lográsemos establecer los parámetros reales para valorar las conductas que se encuentran en relación con los postulados legales, para saber si son conformes o contrarias a ellos.

En el supuesto de que dejáramos de reconocer la relevancia que adquiere el elemento valorativo o antijuridicidad en la resolución de las cuestiones jurídicas que nos son planteadas en la vida diaria, resultaría muy obvio que estaríamos negándole a la ciencia jurídica y a su normatividad su razón de ser: Valorar las conductas sociales.

Los ordenamientos jurídicos que han adquirido el rango de leyes son el producto de la razón y de la cultura de los pueblos, con tendencia a conservar el statu quo del núcleo en el cual regirán; mas hay que decir que si no tienen una base sólida a la que respalde la teoría general de la antijuridicidad, no hay razón para que existan.

Cierto es que para el individuo resulta muy difícil delinear los parámetros con los cuales será calificado el comportamiento de sus semejantes cuando es negativo, puesto que no debe olvidarse de que él mismo podría llegar al grado de asumir esa conducta, si se encuentra ante las mismas circunstancias.

Aunque, si ya se ha dedicado a hacer la valoración de los bienes individuales, sociales y estatales que son dignos de acogerse a la tutela jurídica, lo menos que puede hacer es buscar el fundamento real para su protección, cuidando que no sean atacados injustamente y estableciendo las bases para sancionar a quienes lo hagan.

La antijuridicidad no es una duda que sea exclusiva de la ciencia jurídico-penal; en cualesquiera de las áreas jurídicas que escojamos al azar, tiene sus interrogantes y su importancia debidas. Su situación problemática no ha encontrado plena resolución por una u otra razones.

Lo que es más, en mi opinión, todos los hombres debemos preocuparnos por adquirir un concepto firme de lo antijurídico; ya que, aunque abiertamente hay quien se niegue a reconocerlo, toda su vida está ligada a las normas jurídicas que han quedado establecidas en los distintos ordenamientos legales.

En la ciencia jurídico-penal al elemento valorativo del delito o antijuridicidad, debemos ubicarlo en el tercer lugar entre los componentes esenciales de nuestro ente jurídico, inmediatamente después de la tipicidad y antes de la culpabilidad, atendiendo al orden lógico que debe imperar entre ellos.

Cuando aparezca el elemento valorativo o antijuridicidad, como el tercer momento de la valoración jurídica del delito, podremos afirmar la máxima que dice: *Nullum crimen sine antijuridicidad* (no hay delito sin antijuridicidad), ya que en la configuración del ente jurídico penal no podemos apartarnos de ella.

He dicho que el delito tiene cuatro elementos esenciales, que son: 1. Elemento subjetivo-material o conducta; 2. Elemento regulador o tipicidad; 3. Elemento valorativo o antijuridicidad; 4. Elemento normativo o culpabilidad. Todos tienen que ser probados y comprobados en la valoración jurídica.

En este orden de ideas es de notarse que no nos es posible hablar del ente jurídico-penal si intentamos prescindir de alguno de sus elementos constitutivos. En la composición del delito todos tienen la misma importancia y un orden preestablecido para aparecer que no nos está permitido alterar.

A simple vista advertimos que todos ellos tienen una nota subjetiva, material, reguladora, valorativa y normativa; empero quiero aclarar que a cada uno de ellos los he denominado con alguna de estas notas calificativas, atendiendo al aspecto que adquiere mayor relieve en su apreciación jurídica.

Así, como en la antijuridicidad desocella la valoración, he optado por nombrarla "elemento valorativo", en el entendido de que es en ella, en el componente del delito, en el cual debe ser comprobado el valor o desvalor que tiene la conducta que asumió el individuo para el orden jurídico.

Una vez de que ha sido demostrada la existencia de una conducta completa con todos sus elementos constitutivos y fue corroborada, mediante un juicio de referencia, su calidad típica, tenemos la obligación de comprobar su juridicidad o antijuridicidad, para continuar el proceso de valoración e integración del delito.

La antijuridicidad es el adjetivo con el cual será calificada por las autoridades ministerial y judicial en forma negativa una conducta típica, para proceder a fundar el reproche que pueda hacerse al acusado por haberla asumido (culpabilidad) y cerrar con ello la cadena del delito.

En el elemento valorativo va a ser hecha una comparación entre la conducta típica adaptada por el individuo y los postulados jurídicos, para evaluar el deber ser que emana de norma y así comprobar que existió, que fue vulnerado y que al autor no lo ampara alguna de las justificantes legales.

Solamente en el supuesto de que la autoridad es ministerial y judicial hayan probado y comprobado la existencia de una conducta típica y antijurídica, podrá continuar con el proceso de la valoración de la culpabilidad y poder declarar la existencia o inexistencia del delito y después invocarse a la responsabilidad.

Un concepto previo y más o menos preciso de la antijuridicidad en materia penal o elemento valorativo del delito podría ser el siguiente: La conducta típica es antijurídica cuando desatiende el deber ser jurídico-penal y con ello contraría el mandato o la prohibición de una norma de naturaleza punitiva.

No pretendo olvidarme de todas las interrogantes que pueden derivarse de tal afirmación, aunque más adelante haré las aclaraciones necesarias para que pueda ser comprendido mi concepto previo de la antijuridicidad como elemento valorativo del delito.

La primera de las razones que daré es la siguiente y es sencilla: Trato de encontrar para el elemento valorativo del ente jurídico-penal o antijuridicidad una concepción positiva, para olvidarme así del procedimiento de excepción-regla que nos brinda una definición negativa.

Este principio nos dice que una conducta o hecho son antijurídicos, cuando son ilícitos, o bien no están amparados por una causa de justificación. (634) Sin lugar a dudas, es esta una forma muy elegante de darle la vuelta a un problema que no podemos resolver, que es el de conceptuar la antijuridicidad.

El procedimiento es muy socorrido en la doctrina penal, pero también es severamente criticado, como aclararé en un inciso posterior. En mi pensamiento sólo tiene cabida la idea de dar a cada uno de los elementos del delito un concepto y una definición que sean claros y bien definidos.

No debe ser utilizado el sistema de la excepción-regla, puesto que únicamente funciona para concretar la antijuridicidad de una conducta determinada; quien opine lo contrario debería aceptar una definición semejante para cada uno de los elementos del delito, aludiendo a un proceso negativo.

Así, diríamos que hay conducta cuando no está presente la ausencia de conducta, que hay tipicidad si no se da la atipicidad, que es antijurídico lo que no es jurídico y que es culpable lo que no resulta ser inculpable. Puede observarse lo impreciso que resulta ser el procedimiento en cuestión.

El consejo es el siguiente: Debemos tratar de darle a la antijuridicidad o elemento valorativo del delito un concepto positivo, sin valernos de la excepción-regla, aunque resulte demasiado sencillo decir que lo antijurídico es aquello que es contrario a lo que dispone el sistema jurídico.

Para que podamos configurar a la antijuridicidad como elemento del delito, es menester la existencia de un presupuesto lugar que viene a ser ocupado por el deber ser jurídico-penal y que por lo regular lo encontramos incluido en forma tácita en la mayoría de las normas jurídicas. Este deber ser jurídico-penal adquiere notable importancia en la secuela de la valoración de los dos últimos elementos del delito: El elemento valorativo o antijuridicidad y el elemento normativo o culpabilidad, puesto que en ambos hace acto de presencia, aunque su influencia es muy distinta.

(A) LA TEORÍA TRADICIONAL.

Los postulados tradicionalistas acerca del delito nos han hecho sentir la grandiosa importancia que adquiere la teoría general del elemento valorativo del delito o antijuridicidad en su constitución. Los sistemas causalista y finalista le brindan un lugar especial en sus análisis.

En esencia, los principios básicos acerca de la antijuridicidad que son estudiados en uno y otros sistemas resultan coincidentes. Explicaré en el curso de mi exposición de este capítulo las pocas diferencias que pueden ser encontradas en sus explicaciones, para que la cuestión quede bien comprendidas.

En el aspecto positivo del tercer elemento del delito podemos encontrar los siguientes temas:

1. El concepto de la antijuridicidad.
2. El papel que desempeña la antijuridicidad en la teoría del delito.
3. Las clases de antijuridicidad.
4. La antijuridicidad especial tipificada y los problemas que representa para la teoría del delito.

Para el aspecto negativo del elemento valorativo del delito o antijuridicidad, la teoría tradicional ha dejado los temas que enumero a continuación:

1. El concepto de las causas de licitud o justificación.
2. El fundamento de las causas de licitud o justificación.
3. La clasificación de las causas de licitud o justificación.
4. El estudio específico de las causas de licitud o justificación, que son las siguientes:
 - a) Legítima defensa.
 - b) Estado de necesidad.
 - c) Ejercicio de un derecho.
 - d) Cumplimiento de un deber.
 - e) Impedimento legítimo.
 - f) Obediencia jerárquica.

El marco teórico del elemento valorativo del delito o antijuridicidad para quienes se afilian al pensamiento de la teoría tradicional, podría ser esquematizado de la siguiente forma:

ASPECTO POSITIVO	ASPECTO NEGATIVO
Concepto de la antijuridicidad.	Concepto de las causas de licitud o justificación.
Papel que desempeña la antijuridicidad.	Fundamento de las causas de licitud o justificación.
Clases de antijuridicidad.	Clasificación de las causas de licitud o justificación.
Antijuridicidad especial tipificada.	Estudio específico de las causas de licitud o justificación.

(137) EL CONCEPTO DE LA ANTIJURIDICIDAD.

De ordinario, se entiende que la antijuridicidad es un concepto negativo, que califica la desaprobación que de la conducta hace el ordenamiento jurídico. Como técnica de control específico del comportamiento social, el conjunto de normas está integrado por parámetros conductuales que pueden ser considerados como antijurídicos.

Considero necesario aclarar que una cosa es decir que el elemento valorativo del delito o antijuridicidad es un adjetivo calificador de carácter negativo y otra muy distinta, representa decir que ella no puede adquirir una definición positiva y que siempre que tratemos de aludirla deberá ser en forma negativa.

Un importante sector de la doctrina tradicional de la ciencia jurídico-penal cuando debe ocuparse de dar una definición de la antijuridicidad lo hace a través del procedimiento de excepción-regla, con lo cual nos brindan una idea negativa del elemento valorativo que ocupa el tercer lugar entre los componentes del delito.

Así, es frecuente que oiganos decir que la conducta típica es antijurídica, cuando el sujeto que la ha desplegado no encuentra una causa de licitud o justificación que proteja su comportamiento, o bien, éste no le ha sido permitido por las normas de derecho (ordenamiento jurídico).

FORTE PETIT sostiene que la antijuridicidad es el elemento esencial general valorativo del delito. (635) Nos brinda su concepto en los siguientes términos: "Hay antijuridicidad: Cuando habiendo tipicidad no protege al sujeto una causa de licitud". (636) Piensa que la licitud es contraria a la antijuridicidad. (637)

Esta será a su vez, la concepción dogmática del tercer elemento del delito. Así funcionan todos los códigos penales: Se valen de un procedimiento de exclusión, que toma su base en una concepción dual para que la conducta pueda ser calificada como antijurídica: Por un lado tenemos la violación de la norma y por el otro, la no existencia de una causa de licitud. (638)

El mismo autor expresa el pensamiento de otra manera: "Es indudable, que para encontrar el concepto de la antijuridicidad formal, debemos utilizar el sistema de (excepción-regla), que nos lleva a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos, cuando no son lícitos. Es decir, el concepto que se da de la antijuridicidad, es un concepto negativo". (639)

(635) FORTE PETIT, Apuntes de la Parte General de Derecho Penal, p. 272. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(636) *Ibidem*.

(637) Así, llama causas de licitud a las excluyentes de la antijuridicidad, diciendo que no acepta la denominación de "justificantes", porque la conducta es lícita desde que nace y lo lícito no necesita justificación.

(638) FORTE PETIT, Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, p. 41. Gráfica Panamericana, S. de R. L. México, 1954.

(639) FORTE PETIT, Apuntes de la Parte General de Derecho Penal, p. 484. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

En esta corriente se sitúa también a SAUER, quien opina que "formalmente antijurídico es un comportamiento típico junto al que no se dan especiales causas de justificación". (640)

REVES sostiene lo siguiente: "Entendamos por antijuridicidad el desvalor de una conducta típica en la medida en que ella lesiona o pone en peligro, sin justificación jurídicamente atendible, el interés legalmente tutelado". (641)

MEZGER define los dos aspectos del tercer elemento del delito, elemento valorativo con base en esta situación. Para el aspecto positivo nos dice lo siguiente: "El que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto (causa de licitud o justificación)". (642)

Situándose en el aspecto negativo de la antijuridicidad (las causas de licitud, justificación o exclusión del injusto) MEZGER expresa: "El sujeto no actúa antijurídicamente cuando en su acción concurre una causa de exclusión del injusto". (643)

Como puede observarse en una y otra citas, para estos autores no existe una concepción positiva de la antijuridicidad y mucho menos aquella que se caracterice por ser precisa. Para aludir a ella la mayoría de las veces recurren al procedimiento de excepción-regla como, según dicen, lo hace la ley.

El sistema de excepción-regla puede ser expresado así: La regla es que toda conducta típica sea también antijurídica; por excepción dejara de serlo, cuando aparezca que el sujeto que la desplegó está beneficiado por una causa de licitud, justificación o exclusión de lo injusto.

A pesar de las críticas que con posterioridad haré al procedimiento de excepción-regla, diré que lo contrario a lo antijurídico no es lo lícito, como estima PORTE PETIT, sino lo no antijurídico o justificado, como anota SAUER.

En mi pensamiento no es adecuado que la definición de la antijuridicidad deba obtenerse del proceso de excepción-regla. Decir que la conducta es antijurídica cuando no está justificada, es muy cierto, pero no nos otorga una idea precisa de este elemento del delito; debe pugnarse por dar un concepto positivo.

PORTE PETIT acuerda: "Por otra parte, la aspiración a la que debemos tender, es la de lograr un concepto de la antijuridicidad en forma positiva y acabar, por tanto, con el procedimiento de (excepción-regla)". (644)

Definitivamente, el procedimiento de excepción regla no es de lo más adecuado que pudiésemos encontrar para valernos de él en el momento en que nos pidan que demos nuestro concepto de la antijuridicidad o elemento valorativo del delito. Baste recordar que en la doctrina ha recibido severas críticas.

Cabe mencionar que si el tercer elemento del delito es un concepto que podemos encontrar en cualesquiera de las áreas de lo jurídico, entonces la definición que se da de la antijuridicidad debe ser genérica y válida para todas ellas y solamente lo penal tiene causas de justificación.

ISLAS y RAMIREZ opinan que los doctrinarios que se sienten inclinados hacia el procedimiento mencionado para concepcionar a la antijuridicidad, lo hacen con un criterio erróneo y porque están imposibilitados para diferenciar a la penal de las de otras de las áreas del Derecho. (645)

(640) SAUER. Citado por MEDINA HERNANDEZ, *La antijuridicidad Problema Capital del Derecho*.

(641) REVES. *Derecho Penal. Parte General*. p. 200. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(642) MEZGER. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. p. 377. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946.

(643) *Ibidem*, p. 408.

(644) PORTE PETIT. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. p. 484. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(645) ISLAS Y RAMIREZ. *Lógica del Tipo en el Derecho Penal*. pp. 86 y 87. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1970.

Dicen estos autores: "El principio de la (excepción-regla) elaborado para decidir sobre el caso concreto, demuestra la existencia de la confusión, los partidarios del principio resuelven la presencia de la "antijuridicidad", en el caso particular, en forma negativa: una conducta es antijurídica cuando, siendo típica, no está amparada por alguna causa de licitud". (646)

Culminan los autores: "El principio de la (excepción-regla) es falso por completo. Las causas de licitud únicamente expresan el aspecto negativo de la violación al deber ser jurídico, mas no el positivo. Ni el tipo dice cuándo es permitido dejar de cumplir con el deber, ni el total derecho vigente lo impone". (647)

En mi opinión: "Tal parece que los juspenalistas que se inclinan por esta posición no han querido aceptar el concepto positivo de la antijuridicidad, porque les parece demasiado simple decir que: Un comportamiento es antijurídico, cuando atenta contra una norma jurídica. Resaltamos que además esta concepción es válida en cualquier área, lo único que varía es la naturaleza de la norma". (648)

"El mencionado (procedimiento de excepción-regla) no nos parece adecuado para definir a la antijuridicidad, puesto que nosotros consideramos que los términos jurídicos deben precisarse para no prestarse a confusiones; las normas jurídicas deben contener explicaciones claras, entendibles para cualquier persona y no inducir las al error". (649)

"Decir que la conducta típica es antijurídica cuando no está justificada, es tanto como afirmar que alguien es culpable cuando no es inculpa-ble o que, en el lenguaje vulgar, el pan es pan cuando no es tortilla. Se le da la vuelta al problema y nada o casi nada se resuelve". (650)

Quiero aclarar que, si bien el sistema de la excepción-regla no resulta ser el adecuado para obtener el concepto de la antijuridicidad penal no debe tampoco desecharse, porque tiene la función específica de ayudarnos a concretar la existencia del elemento valorativo en el procedimiento de la valoración jurídica.

En el momento en que deba ser probada y comprobada la antijuridicidad, si nos está permitido decir que la conducta típica del sujeto es antijurídica, porque a su favor no encontramos una norma justificativa que se encargue de anular al elemento valorativo en el mundo jurídico.

Entonces, solamente la presencia de una causa de licitud, de justificación o de exclusión de lo injusto (justificantes, para mí), nos puede dar la pauta para declarar que la conducta desplegada por el individuo no es contraria a lo jurídico, porque el ordenamiento legal se la está justificando.

Desde luego que en la doctrina penal tradicional existe el aspecto opuesto al de los partidarios de la excepción-regla. Hay quienes nos brindan conceptos del elemento valorativo o antijuridicidad en forma positiva y haciendo caso omiso de tan "ilustre" principio.

Respecto a las concepciones positivas de la antijuridicidad o elemento valorativo del delito que nos brinda la teoría tradicional, tenemos lo siguiente. **KITZINGER** nos dice: "Ilícito (la antijuridicidad, para él) es todo lo censurado por la voluntad manifestada en la fuente jurídica". (651)

(646) ISLAS Y RAMIREZ. *Lógica del Tipo en el Derecho Penal*. pp. 87. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1970.

(647) *Ibidem*.

(648) MEDINA HERNANDEZ. *La antijuridicidad Problema Capital del Derecho*. Trabajo de Investigación. Concurso Internacional de Investigación Jurídico-Penal del Estado de Durango, p. 4. México, 1984.

(649) *Ibidem*. p. 4-5

(650) *Ibidem*. p. 5

(651) Citado por GRAF ZU DORNA. *La Ilícitud*, p. 12. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1959.

PETROCELLI es de la opinión de que "un hecho es antijurídico o jurídicamente lícito, cuando es contrario a derecho". (652) Dice que es uno de los elementos del delito y concluye: "Este calificativo de contrariedad al Derecho se llama antijuridicidad o ilicitud jurídica y expresa precisamente la relación de contradicción entre el hecho y el Derecho". (653)

CARRARA (654) fue el primer autor que notó la necesidad de que existiera la antijuridicidad en la teoría del delito; pensó que ella era un concepto puramente formal y la definió como la contrariedad del hecho humano con la ley promulgada por el Estado.

PAVON VASCONCELOS expone: "En general, los autores se muestran conformes en que la antijuridicidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas de Derecho". (655) Concluye que la antijuridicidad es la contrariedad a la norma jurídica.

(138) LAS CLASES DE ANTIJURIDICIDAD.

En general, en la teoría tradicional del delito suele hablarse de las siguientes clases de antijuridicidad:

- A) Antijuridicidad formal.
- B) Antijuridicidad material.
- C) Antijuridicidad objetiva.
- D) Antijuridicidad general.
- F) Antijuridicidad penal.
- G) Antijuridicidad especial tipificada.

Las explicaciones pertinentes acerca de la clasificación de la antijuridicidad las haré en un inciso posterior.

(139) EL PAPEL QUE DESEMPEÑA LA ANTIJURIDICIDAD.

Con respecto al lugar que ocupa la antijuridicidad en la teoría del delito, PORTE PETIT (656) nos dice que podemos encontrar las siguientes opiniones:

- a) Es un carácter del delito.
- b) Es un elemento del delito.
- c) Es un aspecto del delito.
- d) Es el delito en sí.

a) La antijuridicidad es un carácter del delito. Esta respuesta la dan autores como MASSARI, RANIERI y DORNA. (657) En resumen, la antijuridicidad es un desvalor, cada uno de los restantes elementos del delito, penetra en todas sus partes y lo califica. Así puede decirse que hay una conducta antijurídica, una tipicidad y una culpabilidad también antijurídicas.

b) La antijuridicidad es un elemento del delito. La consideran JIMENEZ HUERTA, PUIG PENA, PETROCELLI, y PORTE PETIT. (658) La antijuridicidad es uno de los elementos esenciales del delito, sea cual fuere el número que sostengamos. Por ejemplo, PETROCELLI habla de tres: Conducta, antijuridicidad y culpabilidad. PORTE PETIT menciona siete. (659)

(652) PETROCELLI. La Antijuridicidad, p. 11. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, 1963

(653) Iden.

(654) Citado por PETROCELLI, Op. cit.

(655) PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 267. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974

(656) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 481 y ss. Editorial Porrúa, S.A. México, 1979.

(657) MASSARI. Il Mancanto Essecutivo del Reato, pp. 142 y ss. Pisa, 1923. RANIERI. Diritto Penale. pp. 105. Milano, 1945. GRAF ZU DORNA. La estructura de la Teoría del Delito, p. 43. Buenos Aires, 1958.

(658) PUIG PENA. Derecho Penal. Tomo I. p. 357. Madrid, 1955. JIMENEZ HUERTA. La Antijuridicidad. p. 9. México, 1952. PETROCELLI. Op. cit., PORTE PETIT. Op. cit.

(659) Acepta en sus obras la tradicional concepción heptatómica del delito: Conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad.

c) La antijuridicidad como aspecto del delito. MAGGIORE es de parecer de que la antijuridicidad no es elemento sino aspecto del delito, porque no es una de las partes en que pueda ser desintegrado el todo; si al ente jurídico le quitamos a la antijuridicidad quedará siempre como delito. La antijuridicidad reviste y compete a toda el ente, en todo delito tenemos expresa o sobreentendida la nota esencial de la antijuridicidad. (660)

d) La antijuridicidad es el delito en sí. Para ANTOISEI, la antijuridicidad no es un componente o elemento consuetivo del delito; es algo más: Como dijera ROCCO (la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el en sí del delito). (661)

No se expresa que desde el momento en que estoy realizando una teoría del delito y entre sus temas incluyo una teoría general del elemento valorativo o antijuridicidad, es porque considero que éste es uno de los componentes especiales en que podemos desintegrar al ente jurídico para estudiarlo.

La antijuridicidad es uno de los elementos del delito, en ella predomina como característica esencial la valoración y en su ausencia no podemos decir que el ente jurídico-penal pueda tener positiva existencia. Solamente con la surta de una conducta, una tipicidad, una antijuridicidad y una culpabilidad, tendremos como resultado la presencia del delito.

No es carácter ni aspecto del delito, porque no es común denominador del resto de los elementos, ni reviste al ente jurídico. Tampoco es el delito en sí, porque una conducta antijurídica inculpable, no puede ser calificada como delito en sí, porque la sola antijuridicidad no es suficiente para declarar su existencia.

Solamente comprobando la presencia de los cuatro elementos del delito: Conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad podemos decir que el delito ha nacido a la vida jurídica. La ausencia de uno solo de ellos trae como consecuencia, su anulación en el mundo jurídico.

(140) LAS CAUSAS DE LICITUD O JUSTIFICACION EN GENERAL.

El aspecto negativo de la antijuridicidad o elemento valorativo del delito, lo ocupan las denominadas causas de licitud, justificación o de exclusión de lo injusto, a las cuales llamo "justificantes legales". En la tradicional doctrina del delito aún se discrepa sobre su denominación.

FORTE PETIT nos explica: "En realidad, si la conducta realizada por el sujeto es lícita, indudablemente no puede hablarse de que esté justificada, porque desde su nacimiento está facultada, permitida, conforme a Derecho". (662) Este es el argumento que utiliza para justificar la denominación de "causas de licitud".

JIMENEZ DE ASUA aclara que no es válido decir, para negar la denominación de "causas de justificación", que el delito desaparezca cuando una de ellas se presenta, porque lo mismo ocurre con todas las demás hipótesis que originan uno de sus aspectos negativos. (663)

El mismo autor sostiene que lo correcto es llamarlas "causas de justificación", porque la presencia de alguna de ellas hace que sea anulado el injusto; que no eliminan una simple característica del ente jurídico-penal, sino la esencia de toda acción injusta. (664)

En la opinión de MEZGER, se considera que el nombre acertado para este aspecto negativo de la antijuridicidad no es "causas de licitud" o de "justificación", sino "causas objetivas o especiales de exclusión de lo injusto". (665)

(660) MAGGIORE. Derecho Penal. Tomo I, p. 382. Editorial Temis. Bogotá, 1954.

(661) ANTOISEI. Manuale di Diritto Penale. p. 131. Milano. 1955.

(662) FORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 492. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(663) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo III., p. 1028. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1958.

(664) Idem

(665) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Madrid, 1955

La corriente que acepta el CPF, se las engloba bajo el término de "circunstancias excluyentes de responsabilidad penal", con otros de los aspectos negativos de los elementos del delito, sin que en este artículo 15 que las contiene, hayan quedado comprendidos todos los supuestos de ausencia del ente jurídico-penal.

Según mi pensamiento, la nomenclatura acertada para denominar a esta hipótesis del aspecto negativo del delito (ausencia del elemento valorativo o de antijuridicidad), lo es la de "normas justificativas" o "justificantes legales"; las razones las expondré más adelante, en lo que propiamente es mi teoría.

En fin, REYES nos expone: "Se las llama causales de exclusión de la antijuridicidad porque transforman en jurídica una conducta que de otra manera sería contraria a Derecho; nuestro Código Penal las denomina causales de justificación, tal vez porque sirven para justificar comportamientos aparentemente injustos". (666)

PORTE PETIT estima que "existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de una ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante". (667)

ANTOLISEI nos dice que una causa de licitud o justificación "es aquella situación especial en la que un hecho que normalmente está prohibido por la ley penal, no constituye delito por la existencia de una norma que lo autoriza o lo impone". (668)

JIMENEZ DE ASUA expresa: "cuando falta la antijuridicidad podemos decir que no hay delito, que el hecho se justifica, es decir, que hay una causa de justificación. Estas causas son conocidísimas desde la antigüedad; pero la mayor parte de los códigos no las distinguen de otros motivos de exclusión de pena; y las formulan en conjunto bajo el título de (exdentes)". (669)

MEZGER estima que las causas objetivas de exclusión de lo injusto hacen desaparecer por determinado motivo el interés (principio de ausencia de interés); o que un interés de mayor valía, transforma en conducta conforme a Derecho lo que en otra situación hubiera constituido un injusto (principio del interés preponderante). (670)

El pensamiento de MEZGER, PORTE PETIT lo esquematiza así: (671)

CAUSAS DE JUSTIFICACION:

- A) Ausencia de Interés:
 - a) Consentimiento del ofendido.
 - b) Consentimiento presunto del ofendido.
- B) Principio del interés preponderante:
 - a) Deberes preponderantes:
 - 1. Deberes oficiales.
 - 2. Deberes profesionales.
 - 3. Orden y autorización legítimas.
 - 4. Deberes de educación.
 - 5. Derecho de corrección.

(666) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 206. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(667) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 493. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(668) ANTOLISEI. Manual de Derecho Penal, p. 201. Editorial Uteha Argentina. Buenos Aires, 1960.

(669) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, p. 280-281. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980

(670) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. pp. 393-395. Madrid, 1946.

(671) PORTE PETIT. Op. cit., p. 494.

b) Especial justificación:

1. Legítima defensa.
2. Estado de necesidad.
3. Otros casos de estado de necesidad y de autoauxilio, etc.

c) Principio general de la valuación de los bienes jurídicos.

En términos generales, la doctrina tradicional del delito acepta las siguientes causas de justificación, de licitud o de exclusión de lo injusto, que asimismo son recogidas por el CPF:

1. Legítimas defensas (art. 15, fracción III).
2. Estado de necesidad (art. 15, fracción IV).
3. Ejercicio de un derecho (art. 15, fracción V).
4. Cumplimiento de un deber (art. 15, fracción V).
5. Impedimento legítimo (art. 15, fracción VIII).
6. Obediencia jerárquica debida (art. 15, fracción VII).
7. Consentimiento del ofendido (no regulada).

La explicación pertinente a cada una de estas causas de justificación la haré cuando hable de lo que propiamente es mi doctrina, a fin de evitar las tautologías.

(141) LAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

La tradicional teoría del delito, al considerar al elemento valorativo del delito o antijuridicidad incurrió en diversos errores, entre los cuales puedo anotar los siguientes:

I. No es correcto considerar que la antijuridicidad pueda quedar alejada de los elementos del delito, puesto que pese a que es cierto que constituye la esencia de toda infracción legal, en materia represiva de muy poco nos sirve la presencia de esta elemento, si antes no han existido la conducta y la tipicidad, o si posteriormente el sujeto no es declarado culpable.

II. De nada sirve hablar de las clases de antijuridicidad, cuando previamente no tenemos un claro marco conceptual preciso de lo que es el elemento valorativo del delito.

IV. De entre esas clases de antijuridicidad que reconocen los tradicionalistas, no se dice cuál es la que ocupa el lugar del elemento del delito.

V. La llamada "antijuridicidad especial tipificada" no debe incluirse en la estructura de las normas como antijuridicidad, puesto que las hipótesis que de ella se dan no son sino maneras de concretar el tercer elemento del delito.

VI. Esa antijuridicidad especial tipificada es más bien un momento subjetivo del delito, el cual debe quedar incluido en el estudio de la conducta, o bien de los elementos subjetivos del delito-tipo.

VII. No se tiene un concepto claro de lo que debe entenderse por "causa de justificación", de "licitud" o de "exclusión de lo injusto", y así se dice que la conducta que es amparada por una justificante es lícita, lo cual no es cierto.

VIII. El estudio de las causas de justificación no es completo y la doctrina no ha encontrado un parecer unánime para cada una de ellas, más que justificantes parecen actos de contricción.

A continuación expondré la teoría general del elemento valorativo o antijuridicidad, no sin antes conocer las perspectivas causalista y finalista que tiene este tercer componente esencial del ente jurídico.

(B) MI TEORÍA.

Tomando como basamento la combinación de aquellos aspectos que consideré que resultaban ser los más acertados de lo que en la doctrina tradicional ha sido expuesto acerca del tercer elemento del delito (elemento valorativo) y mi opinión personal, he reconstruido la teoría general de la antijuridicidad.

Como podrá observarse durante el transcurso de mi exposición, revisé los sistemas existentes (causalismo y finalismo) y dentro de ellos consulté la opinión de los autores más descollantes; todo ello lo amalgamé con los principios que di en mi primera investigación jurídica, en la cual escribí sobre la antijuridicidad. (672)

Mi pensamiento inicial muy poco ha variado; creo que los cambios que le hice solamente modificaron en grado la primera exposición y no alteraron su esencia; en todo caso, completé algunas de las ideas que ya antes había considerado en mi postura, que solamente estaba completa en el borrador.

Mis principios y los de los tradicionalistas (causalistas y finalistas) no difieren en muchos aspectos, podrán notar que las modificaciones que hago son mínimas; más bien, creo que tan sólo precisé conceptos que estaban confusos y así completé la estructura del elemento valorativo del delito.

Ahora estimo que la composición del tercero de los elementos del ente jurídico-penal que acepto en su estructura es más completa, no perfecta; espero, trataré deirla delineando con mayor precisión conforme aprenda más y más acerca de la antijuridicidad y si no, los estudiosos se encargarán de que eso suceda.

Para mí, la antijuridicidad tiene capital importancia dentro de la teoría general de la ciencia jurídica; hay que reconocer que no es exclusivamente objeto de estudio de lo jurídico-penal, su influencia se deja sentir en cualesquiera de las ramas científicas afines que existen.

Todo cuanto acontece en la realidad de hechos de la sociedad, sea en un sentido objetivo o subjetivo, no deja de ser un suceso que esté relacionado con el mundo de la normatividad. Cualquier acto humano está regulado por parámetros conductuales de tipo netamente social, moral, religioso o jurídico.

Esos conjuntos de normas pertenecen al mundo del deber ser y de ellos emana una obligación especial de comportarse de manera determinada. A esa obligación se le ha llamado deber de comportamiento y puede ser de obrar o de abstenerse de realizar determinadas conductas que son socialmente perjudiciales.

Desde la más primitiva de las manifestaciones sociales, se hallan codificaciones de conductas que norman las actividades de los hombres. El área de la juridicidad recogió en sus postulados todos aquellos comportamientos que son relevantes para la esencia del núcleo social y los convirtió en jurídicos.

Existen conductas conformes a lo jurídico, contrarias a él o indiferentes, según sean adecuadas, estén en contra o prescindan de sus postulados de regulación; aquellas que sean conformes o contrarias a sus principios, deben ser consideradas como jurídicas, atendiendo a la regulación que en el sistema se les da.

Una conducta puede ser en un momento y lugar determinados, conforme, contraria o indiferente a la norma jurídica, según su inclusión o no en la inclusión en los postulados que le son propios. La norma es un sistema de explicitación, según KELSEN y adquiere su significación propia en derecho, cuando el acto que realiza el hombre está especificado en ella. (673)

El deber ser jurídico es impuesto de manera coactiva (mediante amenaza) y es exigido en forma coercitiva (haciendo efectiva esa amenaza en contra de quien desatienda la obligación, con uso de fuerza); esta función le corresponde realizarla al aparato represivo que la misma sociedad ha creado y autorizado.

Si la norma explica que está prohibido realizar determinado comportamiento y el hombre no lo realiza, está obrando conforme a lo jurídico; si dice que hay que actuar de tal manera y el ser humano se abstiene, estará contrariando al ordenamiento; en cambio, si no menciona una situación y el sujeto la lleva a cabo, estaremos en presencia de un indiferente jurídico.

(672) Recibe el nombre de: "La antijuridicidad. Problema Capital del Derecho".

(673) KELSEN. Teoría Pura del Derecho, p. 17. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

Al evolucionar la ética de la especie, el sistema jurídico y sus ordenamientos tienen que cambiar y podría ser que los indiferentes llegasen a interesarle a un ordenamiento o, por el contrario, que una conducta prevista en el marco de explicitación conductual, pasara a ser un indiferente jurídico.

Los comportamientos que no están regulados en el sistema jurídico no nos interesan para los efectos del estudio de la antijuridicidad; actuar conforme a las normas es jurídicamente válido; la contrariedad al ordenamiento jurídico debe entenderse como jurídicamente inválido o antijurídico.

Para que un comportamiento pueda ser considerado como antijurídico en el proceso de la valoración jurídica del delito que realizan las autoridades ministerial y judicial, es preciso que antes haya sido verificada la existencia de todos los presupuestos y elementos de la conducta y de la tipicidad.

No podemos decir que exista el elemento valorativo o antijurídico, si antes se presentó una causa que origina el aspecto negativo del elemento subjetivo material (conducta) o del regulador (tipicidad). Asimismo, notamos que la antijuridicidad deja de ser efectiva cuando el sujeto está beneficiado por una norma justificativa.

Aparte de las normas justificativas existe otra causa que también tiene el poder suficiente para originar el aspecto negativo del elemento valorativo o antijurídico, está relacionada con su presupuesto y es la inexistencia del deber ser jurídico-penal, en cuya ausencia el deber no es obligatorio.

En mi teoría, he tratado de precisar todas y cada una de las cuestiones referentes a este tercer elemento del delito, la antijuridicidad. Antes de exponer mi particular punto de vista, es necesario que estudie a este componente desde las perspectivas causalista y finalista, tal como lo hice con los anteriores.

En esencia, los sistemas causalista y finalista de la teoría del delito con respecto a la antijuridicidad tienen postulados semejantes, que podemos analizar en el panorama que de ellos les voy a brindar.

(142) LA ANTIJURIDICIDAD EN EL CAUSALISMO.

La doctrina causalista estudia una teoría general de la antijuridicidad que es relativamente reciente, que bien podríamos decir que comenzó con el trabajo de estudio de los juristas alemanes del presente siglo, que dedicaron su labor al análisis de ésta como uno de los elementos del delito.

En la estructura del antiguo Derecho Romano, que junto con el germánico dan origen a la familia a la cual pertenecemos, que hablaba de algunas causas de justificación (legítima defensa y estado de necesidad, por ejemplo), pero no se llegó a los sistemas de tradición romanista un concepto claro de los que podría ser considerado como antijurídico.

CARRARA, descolante penalista italiano, probablemente fue el primero de los autores que le dio a la antijuridicidad penal la importancia que merece dentro de los postulados generales de la teoría del delito. Con él, la tradicional estructura italiana del delito cambia y se vuelve tritónica, considerando a la antijuridicidad al lado de la conducta y de la culpabilidad.

Al conceptualizar al delito CARRARA asentó que "definido el delito como ente jurídico, quedaba establecer el límite perpetuo de lo prohibido, no pudiendo verse un delito sino en aquellas acciones que ofenden o amenazan los derechos de los coasociados". (674)

Completó su idea al decir: "Su noción (del delito) no se deduce ni del hecho material ni de la prohibición de la ley aisladamente considerada, sino del conflicto entre aquél y ésta; por consiguiente, la idea del delito no es sino una idea de relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley". (675)

(674) Citado por MEDINA HERNÁNDEZ. *La Antijuridicidad. Problema Capital del Derecho.*, p. 54 Trabajo de Investigación. Concurso de Investigación Jurídico-Penal del Estado de Durango., México, 1984.

(675) CARRARA. *Programa del Curso de Derecho Criminal. Volumen I, parágrafo.*

A partir de CARRARA, el resto de los penalistas italianos habrían de considerar que la tradicional concepción italiana del delito cambiara de bitónica (conducta y culpabilidad), a tritónica: Conducta, antijuridicidad y culpabilidad, precisamente en ese orden.

Debe reconocerse plenamente que el mayor mérito del descollante maestro italiano fue el de haberles hecho sentir a sus compatriotas la necesidad de que al lado de los elementos subjetivos y materiales del delito se alzara imponente el elemento valorativo o antijuridicidad.

El sistema causalista del Derecho Penal reconoce que la antijuridicidad, como uno de los elementos del delito, es un concepto negativo, que resulta de la calificación desaprobatoria que el ordenamiento jurídico y sus aplicadores le hacen a un comportamiento humano que contradice los postulados de explicitación que le son propios.

El calificativo de antijurídico, nos dice JIMENEZ DE ASUA, debe ser esclarecido, a fin de que nos podamos olvidar de las exigencias morales y políticas que pueden influir en la concepción de lo justo y lo injusto, que son conceptos jurídicos en puridad. (676)

Bajo el amparo de la Escuela Positiva Italiana del Derecho Penal y sus postulados nuevos, se manifestó un absoluto desprecio por las normas jurídicas, la ciencia y la dogmática jurídico-penales se vieron inbuidas y obstaculizadas por principios netamente sociales, que trataron de aniquilar su esencia.

Hay que reconocer que es muy cierto que el concepto de la antijuridicidad ha surgido del ataque injusto a los intereses del individuo, de la sociedad y del estado; también cabe recordar que solamente podría llegar a ser considerado como antijurídico, aquello que en el sistema jurídico estaba previsto.

Reitero que el basamento más antiguo de la antijuridicidad está constituido por aquel viejo principio rector general del Derecho, que ha dado lugar a la máxima que postula: *Nulum crimen sine lege scripta* (no hay delito sin ley escrita) y que ni siquiera por semejanza podría decirse que es antijurídica una conducta a la cual la ley no le otorgó ese carácter.

(143) LA ANTIJURIDICIDAD EN EL FINALISMO.

Cuando los postulados de la teoría finalista de la acción entraron en el ámbito de la ciencia jurídico-penal sus efectos se dejaron sentir en cada uno de los elementos que componían al delito y de los cuales, la antijuridicidad no podría ser la excepción y su estructura tuvo que verse afectada.

En esta teoría le es otorgada preponderancia a los factores subjetivos y bien pronto pudo notarse que no era concebible una antijuridicidad que prescindiera de ellos, a los cuales HEGELER y MEZZER denominaron con el apelativo de elementos subjetivos del injusto.

El ejemplo lo tenemos en el delito-tipo de robo, el cual se cumple con el apoderamiento de una cosa mueble ajena, sin derecho y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley, porque en esta figura de delito se hace necesaria la presencia de un ánimo de dominio.

Sin la intención especial de apropiarse de la cosa con el ánimo de adquirir un dominio sobre ella, no es posible que pueda llegara ser integrado el tipo de robo; así, una serie de delitos tienen un injusto que depende de factores subjetivos, que hasta ahora habían formado parte de la culpa (culpabilidad).

En los delitos que contienen un elemento subjetivo del injusto, la intención especial del autor y el dolo deben pertenecer al injusto, puesto que solamente puede tener esa intención específica quien procede en forma dolosa y dirige su conducta hacia esa dirección, la culpa se excluye.

En estos delitos, el dolo pertenece a la acción y al tipo del injusto, puesto que una intención especial de apropiación es incompatible con un actuar que no haya sido dirigido en forma dolosa para su comisión. No puede tenerse una intención específica cuando no se actúa de menos con intención.

Pero no solamente en los delitos que contienen un elemento subjetivo del injusto sucede tal cosa, toda vez de que en la tentativa, la intención delictuosa no es nada más elemento de la culpabilidad, sino que es además un componente *sine qua non* del injusto y así lo reconoce el causalismo.

En estos casos el dolo es a la vez elemento de la acción y del tipo del injusto. "Así, la teoría reinante debe por necesidad llegar a incluir el dolo en la acción y en el tipo de injusto", nos dice WELZEL. (677)

(144) LAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

En forma rotunda puedo llegar a afirmar que el causalismo y el finalismo no han llegado al quid del problema que se nos presenta con relación al elemento valorativo del delito o antijuridicidad. Siguiendo a uno u otro sistema, se han escrito varios textosque, conjugados con las legislaciones, no han sino venido a reiterar la confusión.

De entre las consideraciones críticas que puedan hacerse a la teoría general de la antijuridicidad, atendiendo a sendos sistemas jurídico-penales, escogí los siguientes:

I. Sea cual fuere el sistema que consideremos, la antijuridicidad debe adquirir una definición positiva que nos permita tener un concepto preciso de ella, tanto en el aspecto positivo como en el negativo.

II. Las definiciones que han sido formuladas acerca de la antijuridicidad han prescindido de un elemento muy importante, que lo es la existencia del deber ser jurídico-penal.

III. La ausencia de ese deber ser hace más que imposible que el ordenamiento jurídico pueda exigirle como suya una conducta al sujeto. Si el hombre no tiene el deber de obrar o de abstenerse, la normatividad no puede hacerle exigencia alguna.

IV. En la doctrina se habla de diversas clases de antijuridicidad y ninguna de ellas es precisa en su contenido. Lo que es más, hasta suelen ser confundidas las unas con las otras.

V. Se habla de la existencia de una antijuridicidad general, que debe funcionar para todo el orden jurídico y lo penal o mejor aun los penalistas, pretenden que el problema les sea exclusivo.

VI. Por otro lado, hallamos la presencia de una antijuridicidad especial, que puede serlo la penal y dentro de ella, de una más especial, que lo es la antijuridicidad especial tipificada, que no cumple la función de la antijuridicidad, sino de los elementos subjetivos del tipo.

VII. Si en el aspecto positivo del delito existen tantas confusiones, el negativo no se queda atrás, empezando con el fundamento de las justificantes.

VIII. En la denominación del aspecto negativo de la antijuridicidad, aún no pueden acordar y hasta llegan a confundirla con el ilícito o el indiferente jurídico.

Voy a tratar de centralizar y de resolver cada una de estas cuestiones, al explicar lo que conforma la exposición de mi teoría general del elemento valorativo o antijuridicidad.

(145) EL ELEMENTO VALORATIVO.

Como podrá constatarse, la antijuridicidad es un problema de capital importancia en la ciencia jurídica y en especial, en el área penal, que para diferenciar su antijuridicidad de las de las otras ramas, habrá de recibir el nombre de elemento valorativo del delito, ocupando el tercer lugar entre todos sus componentes.

Esta prevalencia nos ha dado la pauta para que sea creada una teoría general de la antijuridicidad en materia penal como uno de los elementos del delito, a la cual yo le llamo elemento valorativo, por es este el carácter que descuello en el proceso de su apreciación desde el punto de vista jurídico.

Las cuestiones problemáticas que se nos presentan en relación con este tema son múltiples y háy diversas opiniones que son muy dispares entre sí al respecto; van desde su denominación hasta las reglas que debemos seguir para su concreción en el momento en que se está valorando el delito.

La teoría general de la antijuridicidad es riquísima en su contenido y se nos presta para magníficos debates, tanto en su aspecto positivo como en el negativo. Las opiniones que existen acerca de este elemento en la doctrina tradicional son prolíferas y habremos de ocuparnos de enunciar algunas de ellas.

La antijuridicidad no tan sólo se hace presente en la integración del delito en el mundo jurídico, sino también en la tarea del legislador, no pudiendo menos que reconocer que es sumamente difícil que el hombre marque los parámetros con los que han de ser valoradas jurídicamente la conducta de los semejantes.

La raíz de este problema de escogitación podríamos encontrarla en el hecho de que ninguno de nosotros puede afirmar que esté exento de externar un comportamiento que sea antijurídico a la luz del ordenamiento penal, dado que aun cuando sea en forma culposa, podemos llegar a delinquir.

Si todos estamos conscientes de ello, es obvio concluir que una preocupación existencial debe serlo la de concepcuar y establecer los principios concretos para poder calificar como antijurídicas determinadas conductas, incluirlas en una codificación penal y valorarlas en el proceso jurídico.

Los doctrinarios penales que se ocupen del estudio de la antijuridicidad deben propugnar su precisa definición y buscar constantemente la resolución a cada uno de los problemas que nos presenta. En esencia, si la observáramos desde las perspectivas causalista y finalista, descubríramos idénticos acertijos.

Es tal la influencia de la valoración de las conductas en el momento de concretar la antijuridicidad, que he optado por reconocerla como el elemento esencial general valorativo del delito. No dejo de notar que en los cuatro componentes del ente jurídico, las autoridades realizan una valoración, pero en el tercero adquiere primordial importancia.

Mediante un juicio de referencia concretado con el deber ser jurídico-penal que emana de la norma transgredida, debe ser comprobado el valor o el desvalor de la conducta típica asumida por el sujeto con el ordenamiento jurídico, para declarar su juridicidad o antijuridicidad.

Reglamentamente en la doctrina tradicional se habla de un juicio puro de desvalor, pero eso no es del todo exacto porque ese juicio de referencia es a la vez de valoración y el calificativo que pueda dársele a la conducta que está siendo cuestionada, puede ser de valor o desvalor, no siempre se busca declararla antijurídica.

Precisamente, se valoriza la conducta típica que asumió determinado sujeto, para corroborar el valor o el desvalor que adquiere con relación al ordenamiento jurídico-penal que la regula. En el instante en que declaramos que el comportamiento asumido no es antijurídico, estamos afirmando los postulados de la dogmática.

En líneas subsecuentes, el primer objetivo que espero lograr es el de obtener un concepto preciso de la antijuridicidad general y de la penal valiéndome de principios positivos, para alejarme del procedimiento de excepción-regla que tradicionalmente ha sido utilizado para definirla.

Dejaré bien claro que no es lo mismo lo antijurídico, lo ilícito, lo ilegal y lo legítimo y que por lo tanto, no deben ser empleados como sinónimos. Para ello, me valdré de algunos ejemplos en donde la situación pueda ser apreciada con nitidez. También hablaré de los aspectos contrarios de esos términos.

Trataré de precisar también cada una de las clases de la antijuridicidad y de entre ellas haré que resalte la importancia de la que tiene naturaleza penal, que es la que debe ocupar el centro de nuestra atención en la teoría general del delito, a la cual está dedicada esta sección segunda.

Por último voy a tratar a esa antijuridicidad especial que se encuentra incluida en los tipos penales, proponiendo que no sea considerada sino como elemento típico. Voy a demostrar que el tercer componente del delito no es netamente objetivo ni subjetivo, sino que en él entran en juego ambos factores, con su debida importancia.

(146) LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Procederé a esquematizar los temas que comprendo dentro del marco teórico del elemento valorativo del delito o antijuridicidad, los cuales nos llevarán a la posibilidad de entender el procedimiento para calificar a una conducta típica como antijurídica, incluyendo en el cuadro los aspectos positivo y negativo.

EL ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO VALORATIVO O ANTIJURIDICIDAD:

- | | |
|--|--|
| 1. El presupuesto: La existencia del deber ser. | En las normas prohibitivas, en las normas prescriptivas, en las normas justificativas y en las normas del deber. |
| 2. El elemento: La contrariedad al deber ser jurídico-penal. | La presunción de la antijuridicidad, la concreción de la antijuridicidad. |
| 3. Las clases de antijuridicidad. | |
| 4. La función de la antijuridicidad. | |

EL ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO VALORATIVO O ANTIJURIDICIDAD:

- | | |
|--|---|
| 1. La excepción: | La existencia del deber ser jurídico contenido en una norma extrapenal o nacido de la costumbre que el activo no ignora racional e invenciblemente. |
| 2. Los supuestos: | |
| a) La inexistencia del deber ser jurídico-penal. | |
| b) La presencia de una norma justificativa de derecho: | |
| I. Legítima defensa. | |
| II. Estado de necesidad. | |
| III. Ejercicio de un derecho. | |
| IV. Cumplimiento de un deber. | |
| V. Impedimento legítimo. | |
| VI. Obediencia jerárquica. | |
| VII. Consentimiento del titular del derecho. | |

(C) EL ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO VALORATIVO.

Me toca el momento de entrar al quid del problema que representa la antijuridicidad como el tercero de los elementos del aspecto positivo del delito, el cual adquiere la característica de ser valorativo, a fin de precisar los pasos que deben seguirse en la valoración de la conducta típica.

Si recordamos el orden lógico que debe imperar entre los componentes del ente jurídico-penal, una vez que hemos corroborado la existencia de una conducta típica, nos queda demostrar que es antijurídica o que su autor puede ser beneficiado con los efectos de una justificante legal.

Como bien puede comprobarse la mayoría de los textos legales no incluyen un concepto del elemento valorativo del delito o antijuridicidad en sus aspectos positivo ni negativo. Su concepción dogmática ha pretendido obtenerse a través del procedimiento de excepción-regla, que también ha sido utilizado para conceptuarla.

Este sistema resulta ser el más adecuado en la teoría tradicional para cumplir con alguna de esas dos funciones. Pero si no es eficaz para definirla, mucho menos puede ser efectivo para conceptuar a este elemento del delito en forma dogmática. Las leyes deben precisar cuando la conducta será considerada como contraria a sus postulados.

Si bien es cierto que en el espíritu de cada una de las normas encontramos latente el concepto dogmático de la antijuridicidad, también lo es que no sería una mala idea incluir su concepción en el articulado de los códigos penales, porque no sobra sino hace falta.

Debe buscarse una definición que sea comprensible para todas las personas que abran el catálogo punitivo, para que conozcan los deberes que les impone. No quedaría mal si se lo incluyera con una fórmula genérica que estuviese en la parte general, en el apartado dedicado al delito.

A mí me gustaría que fuera de la siguiente manera: Actúa en forma antijurídica quien contradice el deber ser que emana de las normas legales, si a él le está dirigido. Ello cumple con respetar el principio de legalidad, que propugna: *Nullum crimen nulla poena sine lege scripta et stricta*.

Tampoco estaría mal que si el ordenamiento en cuestión ha de darnos una definición del delito (que no es necesaria), lo haga aludiendo a los elementos esenciales que considere que entran en su composición, entre los cuales tiene que incluir a la antijuridicidad por fuerza.

Debo recordar que todo el procedimiento de la valoración jurídica del delito gira en torno a los calificativos que podamos añadirle a la conducta que adquiere relevancia penal, así podremos decir que es típica, que es antijurídica y que es culpable, para proceder a probar y comprobar la responsabilidad de su autor.

Dentro de ese procedimiento hago que destaque el juicio puramente valorativo de la antijuridicidad, que es el tercero, en el cual debe probarse y comprarse que la conducta desplegada es conforme o contraria al deber ser jurídico-penal, para seguir el proceso de la culpabilidad o elemento normativo del delito.

Recalco que es un juicio de referencia, comparando la conducta típica asumida con la esencia de la norma que ha sido vulnerada y llevando a cabo su valoración jurídica. Es un juicio de valor y no de desvalor o desvalor, como se ha pretendido sostener. En el momento de calificar la conducta sí que se le da un valor o desvalor, no más.

Reconociendo toda la importancia que tiene el elemento valorativo del delito o antijuridicidad penal, empezaré por precisar su definición, valiéndome para ello de los criterios que nos brindan algunos doctos en la materia.

(147) EL CONCEPTO DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Ya expliqué que algunos de nuestros tratadistas cuando intentan darnos sus definiciones del elemento valorativo del delito o antijuridicidad, recurren al gastado e ineficaz procedimiento de excepción-regla, que yo no suelo desechar, sino que lo utilizo para concretar su aparición.

Ese sistema de la excepción-regla, nos dice que una conducta típica es también antijurídica, cuando el sujeto que la desplegó no se encuentra bajo el amparo de una causa de justificación, lo cual es cierto y nadie lo discute; empero, no sirve para dar una definición del antijuridicidad.

Para que podamos proceder a elaborar toda una teoría general del elemento valorativo del delito o antijuridicidad, es muy necesario que contemos con un concepto bien preciso de él y a eso voy, porque no podemos hablar de los conejos si jamás nos han dicho por lo menos qué y cómo son estos animales.

En el pensamiento de los causalistas y de algunos finalistas se suelen confundir los conceptos de lo antijurídico, lo injusto, lo ilegítimo y lo ilegal. Generalmente es identificado lo jurídico con lo justo y a lo antijurídico le sucede lo mismo con lo injusto. Como SAUERHAUER estimó que primero nació lo justo y de ello derivamos lo jurídico.

La evolución humana se ha encargado de darnos una demostración de que el concepto de lo justo es algo muy subjetivo y que cada uno va a definirlo, según vea garantizados sus intereses. Aunque es bien cierto de que el concepto de lo injusto adquiere matices comunes en determinados sectores sociales.

En el establecimiento del orden jurídico, los integrantes de cada núcleo procuraron buscar un concepto común de lo justo y establecer parámetros de conducta que protegieran a las expresiones fundamentales del derecho de los ataques injustos que pudiesen sufrir, para garantizarlos a todos su ejercicio.

JIMÉNEZ DE ASUA nos explica: "Quizá el ordenamiento jurídico, que es un orden de paz, haya nacido de los ataques injustos a los intereses. Pero, si en vez de la prioridad histórica tratamos de averiguar el prius lógico, tendremos que reconocer que primero es lo justo y lo injusto su contrario. Esta es la *communis opinio*". (678)

Difiere de lo que este autor considera como opinión común, porque en mi concepto es más fácil dar un pensamiento más preciso de lo que es injusto que de lo justo, sobre todo cuando tenemos que centrarnos en las ideas de un grupo y no en las individuales. De cualquier manera, es innegable sostener que lo justo es diferente de lo jurídico.

Aun más, no puede afirmarse que lo antijurídico siempre nos lleve a lo justo. Mucho se ha discutido acerca de que si los ordenamientos legales son realmente una expresión de justicia o si simplemente tienen como fin lograr su realización. Han existido órdenes jurídicos que fueron considerados injustos.

En mi opinión, el injusto fue primero; para que pudiéramos llegar a tratar lo jurídico se precisó que las situaciones injustas fueran reguladas en un ordenamiento legal, prohibiendo o prescribiendo determinada actuación. Lo antijurídico resultó de la contradicción a la orden de las normas jurídicas.

La mayoría de la opiniones que leamos nos demostrarán que lo injusto y lo antijurídico son empleados como sinónimos. Hasta los autores juspenalistas más renombrados los confunden y nos confunden, porque no le dan el significado justo a estos términos y los suelen emplear indistintamente.

SAUER, a pesar de que sostiene que los vocablos tienen la misma acepción, trata de establecer una diferencia que sea tajante entre los dos; nos dice que lo injusto abarca a la valoración y al concepto y que a la antijuridicidad únicamente debernos enfocarla a la valoración. (679)

BINDING, (680) en términos que son más precisos, estima que lo injusto quiere decir nada más y nada menos que la conducta desplegada ha prescrito del Derecho y que equivale al término alemán *unrecht*. Lo antijurídico es completamente diferente, tiene una connotación exacta con aquello que va en contra del derecho, que es un anti-derecho.

JIMÉNEZ DE ASUA (681) y MEZGER (682) consideran que la observación que hace BINDING puede resultar muy acertada; empero, aun con todo ello, afirman que debe emplearse indistintamente los términos injusto y antijurídico, en el entendido de que resulta que son sinónimos, a pesar de las diferencias que puedan tener.

(678) JIMÉNEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*, p. 264. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980

(679) SAUER. Citado por JIMÉNEZ DE ASUA. *Idem*.

(680) BINDING. *IBIDEM*. Citado por JIMÉNEZ DE ASUA.

(681) JIMÉNEZ DE ASUA. *Idem*, p. 265.

(682) MEZGER. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. pp. 350-351. Madrid, 1946.

PEIROCELLI (683) explica que lo antijurídico o jurídicamente ilícito expresa la idea de que el hecho está en contradicción con el Derecho. Lo que va en contra de la norma es la manifestación de la voluntad humana y atenta contra el derecho objetivo, contra la voluntad del ordenamiento jurídico.

BINDING hablaba de la antijuridicidad como elemento ético del dolo (intelectual o cognoscitivo). El sujeto debía tener consciencia de que la conducta que estaba llevando a cabo era de carácter antijurídico, para que pudiésemos decir que su conducta era dolosa e imputársela bajo ese título.

JIMÉNEZ DE ASUA se muestra en desacuerdo con la opinión de BINDING y expresa que el sujeto sólo debe estar consciente de que viola el deber que emana de la norma, sin que fuera necesario que tuviera conocimiento de que la conducta desplegada era antijurídica, para que actuara dolosamente.

Este autor resume su pensamiento así: "Félichtwidrigkeit (lo contrario al deber) es el concepto de relación entre el autor y el acto antijurídico, y la Rechtswidrigkeit (lo contrario al Derecho, la antijuridicidad), es el concepto que contradice al acto con la cultura". (684)

Retomando el tema de la contrariedad, diré que GOLDSCHMIDT y GRAF ZU DORNA son de la opinión de que la antijuridicidad contradice al Derecho y al deber, aunque aclaran que esta es una situación problemática que debe ser analizada con muchísimo cuidado y con ciertas reservas.

Además GRAF ZU DORNA recalca que "la ilegalidad es lesión del Derecho: en primer lugar lesión del Derecho objetivo del precepto jurídico, la lesión de la ley; en segundo lugar lesión del Derecho subjetivo, del interés, lesión del bien jurídico". (685)

JIMÉNEZ DE ASUA sostiene que la antijuridicidad es la violación del deber y expone: "A nuestro juicio, teniendo un mismo alcance, cabe hacer distinción. Lo contrario al Derecho es el proceso objetivo del que juzga: el juez comparando la acción con la norma; en cambio lo contrario al deber es lo que debe captar el agente en el elemento intelectual del dolo". (686) Esta es la llamada conciencia de la antijuridicidad.

Esto nos sirve para darnos cuenta cabal de las confusiones que representan lo antijurídico, lo ilegal, lo injusto y lo ilegítimo en la teoría general del tercer elemento del delito. Algunos autores a pesar de que acuerdan en establecer las diferencias entre ellos, los utilizan indistintamente, cual si fuesen sinónimos.

Soy de parecer contrario a las opiniones de DORNA y JIMÉNEZ DE ASUA que he transcrito. Respecto a lo que dice el Conde de DORNA, la ilegalidad no siempre implica que se contrarie al Derecho y que por lo tanto sea lesionado el bien jurídico; en algunas ocasiones quien actúa en forma ilegal trata de conformar su conducta al orden jurídico.

En lo que toca a la opinión de JIMÉNEZ DE ASUA, pienso que no debe llamarse antijurídico al proceso objetivo de la valoración jurídica de la autoridad judicial, puesto que esto significaría que es la valoración jurídica de la conducta lo contrario al Derecho y no la conducta en sí.

PEIROCELLI precisa: "Además de esta contrariedad a la norma, la antijuridicidad implica indudablemente, como se dirá a su tiempo, también una contrariedad a la obligación, y una contrariedad al Derecho en sentido subjetivo, o sea, a las dos situaciones en las que se encuentra el sujeto con respecto a la norma; con todo, advertimos desde ahora que el verdadero término del contraste es el Derecho como norma". (687)

De las aseveraciones anteriores, se desprende que el concepto previo de la antijuridicidad será la contradicción a lo jurídico, con sus conabidos timistiquis. La contrariedad a lo jurídico implica a su vez, la de la norma, la de la obligación y la del bien jurídico.

(683) PEIROCELLI. La Antijuridicidad, p. 11. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

(684) JIMÉNEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, p. 361. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980

(685) GRAF ZU DORNA. La Ilícitud, p. 11. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1959.

(686) JIMÉNEZ DE ASUA. Op. cit. p. 266.

(687) PEIROCELLI. Op. cit. p. 11.

Aun con todo esto, la teoría tradicional del delito se enfrasca en otra de sus polémicas: La de saber si la antijuridicidad es el delito en sí mismo, o bien ha venido tan sólo a formar parte de sus elementos, caracteres o aspectos.

MASSARI (688) considera que si la antijuridicidad fuera uno de los elementos del delito que son necesarios en su constitución, debería poder presentarse como un concepto aislado, con la capacidad suficiente para lograr ser separado en forma de ideas, como sucede con todos los demás componentes del ente jurídico.

Nos dice que en virtud de que esto no es posible, la antijuridicidad debe ser considerada como una síntesis integral de todo el fenómeno delictivo y de sus elementos constitutivos considerados. Con ella, se resumen y son cualificadas la conducta, la tipicidad y la culpabilidad.

Así, concluye MASSARI, que la antijuridicidad es un carácter del delito, representado por un atributo, un predicador o un común denominador de él mismo y de sus elementos constitutivos. La antijuridicidad penetra en todas las partes de la infracción jurídica y nos sirve para calificarlas a todas ellas.

MAGGIORE (689) es de la opinión de que la antijuridicidad no es uno de los elementos del delito y de que puede suceder que sea uno de sus aspectos, mas componente constitutivo, nunca podría ser. La antijuridicidad no es una de las partes en que podamos descomponer al todo, no puede ser elemento.

La antijuridicidad no es tampoco alguno de los aspectos del delito, de tal suerte que al quitársela el ente jurídico siempre debe quedar integrado como tal. Es decir, que al separarse la cualidad antijurídica de la conducta típica y culpable, podremos seguir considerando que el delito existe.

El delito se encuentra revestido por la antijuridicidad, que se comprueba en él y solamente mediante un esfuerzo de abstracción, el ente jurídico puede ser desdichado desde el aspecto tanto de antijuridicidad. MAGGIORE concluye, que en todo delito está presente o sobrentendida la nota de la antijuridicidad; por lo tanto, es un concepto abstracto.

Para ANICLISEI (690), la antijuridicidad no es uno de los elementos que constituyen al delito, sino el ente jurídico en sí mismo. Afirma que, como dijera NICHINO ROCCO, la antijuridicidad es la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el en sí del delito. (691)

CUELLO CALON (692) quien se mantiene en esta misma postura, ha manifestado que el tercer elemento del delito, es el aspecto que adquiere mayor trascendencia. Tan es así, que muchos de los autores jusponalistas nos dicen que no es uno de los elementos constitutivos del ente, ni tampoco un carácter, sino su misma esencia.

PIROCELLI (693), entre los que sostienen que la antijuridicidad es uno de los elementos constitutivos del ente jurídico, expone con sencillez: "La antijuridicidad es, por ende, uno de los tres elementos del delito". Considera en esta tríada del fenómeno delictivo al hecho, a la antijuridicidad y a la culpabilidad, tal y como lo aceptara el ilustre CARRARA.

Sostiene que la antijuridicidad es una nota que colorea por sí misma a cada parte del delito y que, por lo tanto, se puede definir como el carácter asumido por el hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes aptos para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ella establecidos.

(688) Los cuatro siguientes párrafos corresponden a lo que dice MASSARI. *El Momento Esecutivo del Delito*, pp. 142-146. Pisa, 1923.

(689) Los cuatro siguientes párrafos corresponden a lo que dice MAGGIORE *Derecho Penal*. Tomo 1. Editorial Temis. Bogotá, 1954.

(690) ANICLISEI. *Manuale di Diritto Penale*, p. 131., Milano. 1955.

(691) ROCCO. Citado en la p. de esta sección Segunda. *Capítulo Tercero*.

(692) CUELLO CALON. *Derecho Penal*. Tomo 1. p. 335. Barcelona, 1946.

(693) PIROCELLI. *La Antijuridicidad*, pp. 11-12. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, 1961.

Concluye: "Esta permeabilización de todas las partes del ilícito conduce en ocasiones a confundir la antijuridicidad con el hecho antijurídico, confusión que debe evitarse con todo esmero. La antijuridicidad expresa simplemente una relación de contradicción entre la norma y el hecho; el hecho antijurídico, en cambio, es el objeto del calificativo jurídico llamado antijuridicidad". (694)

PAVON VASCONCELOS explica: "Al definir el delito como (la conducta o hecho, típico, antijurídico, culpable y punible), dimos a lo injusto la categoría de elemento integrante del mismo, afiliándonos a la concepción analítica o atomista, pues sin desconocer la unidad del delito estimamos su análisis a través de elementos constitutivos". (695)

Ahora, una cuestión de suma trascendencia, la constituye el hecho de que lleguemos a determinar si la antijuridicidad es un concepto objetivo o subjetivo en puridad, o bien si ambos aspectos pueden concurrir en su formación; hipótesis sobre las cuales también existen variadas opiniones.

Hasta antes de que irrumpiera en el campo de lo jurídico el nacional-socialismo, se consideró que la antijuridicidad debía ser de naturaleza puramente objetiva. JIMENEZ DE ASUA dice: "Nosotros defendemos el concepto objetivo de la antijuridicidad como pieza indispensable en el Derecho Penal liberal". (696)

Según este autor: "Lo antijurídico es objetivo: liga al acto con el Estado. Por eso, como veranos, no es lo antijurídico lo que capta el dolo, sino el deber de no violar las normas". (697) Con un ejemplo nos dice, que en este aspecto objetivo "la muerte de un hombre antijurídica es independiente del dolo, pues se trata de un juicio de valoración objetiva". (698)

Es decir, que la calificación de antijurídica de la conducta (acción, acto o hecho) se hará prescindiendo de considerar el aspecto subjetivo del delito (dolo o culpa). En la antijuridicidad, la valoración es objetiva y lo subjetivo quedará para que sea valorado en la culpabilidad.

MAYER estimó que "es accesorio el hecho de que se pueda combatir el concepto de antijuridicidad objetiva; lo esencial es que no debe combatirse, para no confundir la culpabilidad (dolo o culpa), con su presupuesto; es decir, con la antijuridicidad, de donde surgiría una confusión imposible de aclarar" (699)

MEZGER sostiene que la naturaleza antijurídica de la acción, se expresa en la contrariedad a las normas objetivas del Derecho. "Este se concibe como una ordenación objetiva de vida y el injusto, consiguientemente, como la lesión a dicho ordenamiento". (700)

El Derecho existe, según MEZGER, para garantizar la convivencia externa ordenada de los individuos que se hallan sometidos a él. Su objeto es el de determinar lo que es conforme al ordenamiento jurídico y aquello que lo contradice.

Concluye manifestándonos que "esta determinación tiene lugar en virtud de las normas del Derecho, que por ello aparecen como normas objetivas de valoración, como juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del Derecho". (701)

(694) PETROCELLI. *La Antijuridicidad*, pp. 11-12. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

(695) PAVON VASCONCELOS. *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General*, p. 265. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

(696) JIMENEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*, p. 280. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(697) *Idem*.

(698) *Ibidem*.

(699) Citado por JIMENEZ DE ASUA. *Op. cit.* p. 280 MAYER.

(700) MEZGER. *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*. pp. 340-349. Madrid, 1946.

(701) MEZGER. *Idem*. p. 340.

En la opinión de BETTIOL, (702) la antijuridicidad es la valoración hecha por la autoridad judicial con respecto al carácter lesivo del comportamiento humano y relaciona al hecho y a su valor; para lo cual se tiene que seguir un criterio de carácter rigurosamente objetivo.

Para VILLALOBOS "La valoración de los actos es netamente objetiva: el homicidio es un desvalor jurídico o antijurídico. Por tanto es acertada la fórmula que declara que la antijuridicidad es la violación a las normas objetivas de valoración. Nada importan los rasgos subjetivos de quien comete el acto: sea su autor un infante, un hombre maduro y normal o enajenado, el homicidio es antijurídico". (703)

SOLER estima que "el juicio valorativo que lleva a afirmar la existencia de una acción ilícita, es un juicio objetivo de comparación, es decir que en él se aprecia el hecho independientemente del motivo subjetivo y de su imputabilidad". (704)

FRANCO GUZMAN sintetiza su pensamiento en las siguientes líneas: "Los que sostenemos la existencia de una antijuridicidad como elemento del delito, con naturalidad objetiva, podemos aceptar que se hable de un aspecto objetivo de la ilicitud, que por consiguiente, se considera como la nota conceptual más importante del delito. Ya sobre estas bases se puede admitir que la culpabilidad sea el aspecto objetivo de la ilicitud". (705)

En la opinión de PAVON VASCONCELOS oímos decir que "el criterio objetivo, por tanto, haciendo a un lado la voluntad humana, afirma la posibilidad de valorar la conducta (acción y omisión) o el hecho (conducta-resultado), en virtud de su contradicción con el orden jurídico". (706)

En fin, JIMENEZ HURTIA nos dice: "El orden jurídico valora según las exigencias de la propia vida, tanto la conducta como los resultados (aspectos objetivos). Una vez proyecta su valoración simplemente sobre la conducta; otras, además, sobre sus consecuencias fácticas. Tan antijurídica es la conducta del que pone en ejecución actos extremos con el fin de matar a otro, como el estado de muerte producido como efecto de la conducta". (707)

Parece ser que el primer autor que sostuvo que la antijuridicidad tiene un criterio subjetivo, fue HULD VON FERNECK; quien dice que la esencia de lo antijurídico es una contradicción subjetiva entre el hecho humano y la norma. (708)

En la concepción que pugna por dar a la antijuridicidad un criterio subjetivo, se dice que en el proceso de valoración de nuestro elemento se debe atender en el momento de comprobar la contradicción, a las características subjetivas del delito, esto es, a lo que los causalistas conocieron como culpabilidad: Dolo y culpa.

Para refutar esta opinión PORTE PETIT aclara: "En consecuencia, la teoría de la antijuridicidad objetiva es a nuestro juicio, la única que tiene validez, pues la antijuridicidad es independiente, autónoma de la culpabilidad. Para que exista delito, es indispensable la culpabilidad, pero ésta no lo es para la existencia de la antijuridicidad". (709)

(702) BETTIOL. *Diritto Penale*. Palermo, 1945.

(703) VILLALOBOS. *Derecho Penal Mexicano*, p. 251. Editorial Porrúa, S.A. México, 1960.

(704) SOLER. *Derecho Penal Argentino*. Tomo I. p. 344. Buenos Aires, 1951.

(705) FRANCO GUZMAN. *La Subjetividad en la Ilícitud*. p. 33 Editorial Jurídica. México, 1959.

(706) PAVON VASCONCELOS. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Parte General, p. 269. Editorial Porrúa, S.A., México, 1972.

(707) JIMENEZ HURTIA. *La Antijuridicidad*. p. 26. Imprenta Universitaria. México, 1952.

(708) Citado por PAVON VASCONCELOS. *Op. cit.* p. 270.

(709) PORTE PETIT. *Elementos de la Parte General de Derecho Penal*. p. 487. Editorial S.A. México, 1972.

El mismo autor concluye: "De aquí que esta última (la anti-juridicidad), de acuerdo con la prelación lógica entre las notar características del delito, es presupuesto de la culpabilidad, sin que a su vez, la culpabilidad, lo sea de la anti-juridicidad. Una conducta no puede ser culpable si no es anti-jurídica, pero puede ser anti-jurídica sin ser culpable, dándose en este último caso, una hipótesis de inculpabilidad". (710)

Entre los autores que sostienen el criterio subjetivo de la anti-juridicidad descuello ALDO MORA, quien nos dice que "el Derecho es presentado por los imperativistas como (voluntad que se impone a la voluntad del sujeto, motivándola, de manera que el acatamiento lo mismo que la violación son necesariamente procesos de voluntad), de donde resulta que la acción, para ser ilícita, debe provenir de un sujeto imputable y por ello culpable". (711)

ANIGLISETI es de parecer de que la anti-juridicidad objetiva por sí misma no es suficiente para completar el proceso de la valoración de lo anti-jurídico y que, por lo tanto, no puede prescindir de un criterio subjetivo. El juicio de valoración de la anti-juridicidad debe hacerse atendiendo tanto a las notas objetivas como a las subjetivas. (712)

REYES propugna un concepto unitario y dice: "Solamente cuando contemplamos la conducta humana en la integridad de sus aspectos podemos concluir si ella ha de ser calificada de jurídica o anti-jurídica. Lo que no significa que la anti-juridicidad no se determine objetivamente, ya que en el juicio desvalorativo que el juez emite descansa necesariamente sobre hechos tangibles, sino que el comportamiento enjuiciado debe ligarse ineludiblemente a la voluntad del autor". (713)

El concepto previo que expresé de la anti-juridicidad, como elemento valorativo del delito, fue el siguiente: La conducta típica es anti-jurídica cuando desatiende el deber ser jurídico-penal que emana de la norma y con ello contraría el mandato o la prohibición de naturaleza punitiva.

Desglosando la definición encontraremos lo siguiente: Se precisa de la presencia previa de una conducta que, como ya he dicho, solamente puede proceder del hombre, que es el único ser natural que está capacitado para externalizar actos de volición y entendimiento que sean relevantes en lo jurídico-penal.

El segundo de los requisitos es que la conducta sea típica, lo cual quiere decir que todos los elementos del comportamiento humano y sus circunstancias habrán de conformarse uno a uno a los que contiene a descripción legal del delito-tipo. Sin conducta y tipicidad no es posible valorar la anti-juridicidad.

REYES sostiene: "Decimos (conducta típica) porque la anti-juridicidad penalmente relevante sólo se predica de aquella conducta que sea subsumible dentro de un tipo penal determinado. Una anti-juridicidad atípica no tiene significación alguna en el ámbito del Derecho Penal". (714)

Una característica muy necesaria para hablar del elemento valorativo del delito o anti-juridicidad y que es poco reconocida en la doctrina es la violación del deber ser jurídico-penal que emana de la norma. Ese deber constituye el espíritu mismo del delito-tipo y es el basamento de su constitución.

Solamente verificando la previa existencia de ese deber y la contrariedad que tiene la conducta asumida con él, podemos permitimos calificar de anti-jurídica al comportamiento típico del sujeto. Es un comportamiento que está dirigido a todas las personas y que puede serle exigido a un individuo determinado.

(710) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 487. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(711) Citado por PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, pp. 270-271. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

(712) ANIGLISETI. Manuale di Diritto Penale. Parte Generale. pp. 61-62. Milano, 1955.

(713) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 200. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(714) Idem.

Ese deber ser jurídico-penal está contenido en cada una de las normas que forman parte del catálogo de delitos-tipo en la parte especial de los códigos penales o en las normas penales especiales, y es enunciado en forma de mandato o de prohibición; es decir, que es una orden de obrar o de abstenerse.

De este deber ya he de hablarles ampliamente en un inciso posterior; por lo pronto, voy a recalcar que para que una conducta reciba el calificativo de antijurídica, es necesario probar y comprobar la existencia del deber y la contrariedad del comportamiento asumido con él.

La antijuridicidad como elemento valorativo del delito, solamente puede ser entendida y afirmada cuando hemos comprobado la contrariedad al deber ser jurídico, no importa tanto la violación al ordenamiento jurídico o al bien tutelado, aunque no estoy desconociendo la relación y la importancia que pueden tener.

La antijuridicidad es un concepto tan amplio que abarca a toda la ciencia jurídica en sus diferentes aspectos, por ello es correcto hablar de la contrariedad al ordenamiento jurídico, mas esa no es la esencia del elemento valorativo del delito, el cual únicamente atiende al contraste con el deber ser.

En este orden de ideas, es menester que diferenciemos acertadamente las clases de antijuridicidad que podemos desglosar y que precisemos cuál de ellas es la que debe ser considerada como elemento del delito (el esencial general valorativo, que ocupa el tercer lugar en mi concepción).

La regla es que toda conducta típica que contrarie el mandato o la prohibición que es obtenido de la norma, sea antijurídica; como en todo, hay excepciones y en esta materia nos la marca la presencia de una causa justificativa, de las cuales hablaré al momento de tratar el tema del aspecto negativo de este elemento del delito.

(148) LA ANTIJURIDICIDAD EN GENERAL.

Si he dicho que la antijuridicidad es un común denominador que podemos encontrar en todas las materias que se derivan del tronco común de la ciencia jurídica, debo tratar de brindarles un concepto genérico de ella, que pueda ser aplicado en cualesquiera de esas áreas presentando los menores problemas posibles.

Ya dije que "antijuridicidad en general sería la contradicción al derecho en general, aunque en el juicio de valoración siempre deberá explicarse a cual orden pertenece: Civil, penal, laboral, administrativo, fiscal, constitucional, etc. Además una cosa es antijuridicidad en general y otra lo es la antijuridicidad general". (715)

FORNÉ PERIT concluye a este respecto: "En verdad no debe hablarse de una antijuridicidad general. Solamente existe antijuridicidad cuando hay violación a un precepto legal o sea, a partir de este momento se tiene o se colora la antijuridicidad de una materia determinada". (716)

La antijuridicidad desde el punto de vista del género, puede ser entendida como la contrariedad a los postulados de explicitación contenidos en las normas jurídicas. Como elemento valorativo del delito, siempre debe estar en relación con el deber ser que emana de la norma, que es lo que le da esencia a lo jurídico.

Es cierto que la antijuridicidad encuentra su basamento en los postulados de explicitación de cualquier norma jurídica, mas esto no da pie para decir que tenga un carácter general, ya que desde el momento en que se haga presente tendrá las características de una materia determinada.

(715) MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad. Problema Capital del Derecho., p. 23. Trabajo de Investigación. Concurso de Investigación Jurídico-Penal del Estado de Durango. México, 1984.

(716) FORNÉ PERIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 280. Editorial Porrúa. S. A. México, 1979.

Puede haber una antijuridicidad que tenga un carácter dual, en concreto podría existir una contrariedad a una norma diversa y a un tipo penal. Por ejemplo, en los delitos previstos en normas penales especiales, existirá una antijuridicidad penal y otra de diversa naturaleza, según sea el origen de esa norma especial. (717)

Del género antijuridicidad podrán desprenderse tantas especies cuantas sean las áreas en que la ciencia jurídica obtenga subdivisiones. Hay una antijuridicidad específica para cada una de sus materias y dentro de ellas, además habrá una antijuridicidad penal cuando se trate de una norma penal especial.

La antijuridicidad es una característica que afecta a todas las ramas jurídicas, así como el calificativo de jurídico le es añadido a todos los ordenamientos que forman un sistema legal positivo. Lo jurídico es identificado con lo que legalmente está permitido y lo antijurídico, con aquello que no lo está.

La antijuridicidad adquiere una coloración acorde a la norma con la cual está relacionada. Por ejemplo, un contrato podría ser contrario a las prescripciones civiles y desde el momento en que nace su antijuridicidad ya adquiere el tinte que le brinda lo jurídico-civil y no otro.

En el delito de contrabando, la antijuridicidad se contraría una norma del código fiscal que, además adquiere una coloración especial relacionada con lo penal, en virtud de que este es uno de los llamados delitos especiales. En las normas penales especiales, la antijuridicidad es dual.

En fin, en el delito de rapto, se contrarían las disposiciones de una norma de naturaleza eminentemente penal y la antijuridicidad va a tomar este calificativo, pasando a formar parte de los elementos constitutivos del delito, al lado de la conducta, de la tipicidad y de la culpabilidad.

En este orden de ideas, no tiene cabida una antijuridicidad general, en virtud de que ella no puede existir. El único pensamiento válido lo será aquel que considere la antijuridicidad en general, recordando que habrá una específica para cada materia jurídica que tenga cavidad en el sistema.

La antijuridicidad en general puede ser entendida como la contrariedad a una norma del orden jurídico (con carácter preceptivo, prohibitivo o prescriptivo), que adquiere un matiz acorde con la naturaleza de esas normas. De ninguna manera ésta podría ser considerada como elemento del delito.

La antijuridicidad en materia penal se bifurca, por un lado tenemos la contrariedad general y por el otro a la antijuridicidad que es considerada como el elemento esencial general valorativo del delito, que debe ser entendida como la contrariedad al deber ser que emana de la norma.

PERROCELLI dice: "Además de esa contrariedad a la norma, la antijuridicidad implica indudablemente, como se dirá a su tiempo, también una contrariedad a la obligación, y una contrariedad al Derecho en sentido subjetivo, o sea a las dos situaciones en que se encuentra el sujeto con respecto a la norma; con todo, advertimos desde ahora que el verdadero término del contraste es el Derecho como norma". (718)

Si reconocemos una antijuridicidad en general y dentro de ella una dedicada en forma exclusiva a la materia penal, después de haber hablado del concepto de la primera, es menester dedicarnos a tratar de la segunda, como una antijuridicidad específica de nuestra disciplina.

(717) MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad. Problema Capital del Derecho., p. 24 Trabajo de Investigación. Concurso de Investigación Jurídico-Penal del Estado de Durango. México, 1984.

(718) PERROCELLI. La Antijuridicidad, p. 11. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, 1963

(149) LA ANTILJURIDICIDAD EN MATERIA PENAL.

Del análisis que hice con anterioridad, resulta fácil concluir que nunca podremos hablar simplemente de una antijuridicidad general y que siempre debemos darle un calificativo acorde con el área del mundo jurídico a la cual pertenece la norma que ha sido contrariada con la conducta.

Dentro de las antijuridicidades específicas, todas tienen la misma importancia; aunque a mí me interesa tratar en forma exclusiva, para efectos de este estudio, a la de orden penal para que logre precisar qué características debe reunir para ser considerada como el tercer elemento del delito.

No hay que olvidarnos de que aun cuando haya conductas que no sean integrantes de una descripción propiamente penal, tienen en su antijuridicidad una parte de naturaleza punitiva como lo son los delitos-tipo que están consignados en las normas penales especiales y a los cuales les es aplicable lo que aquí mencioné.

PETROCELLI defiende la antijuridicidad específica penal, cuando anota: "Denotando la antijuridicidad una relación de contradicción entre un hecho y una norma jurídica, la relación misma no puede existir sino entre un hecho y una norma determinada y, consiguientemente, pertenece a una determinada norma de Derecho. No es posible hablar de una antijuridicidad general, sino sólo de una antijuridicidad civil, penal, o civil administrativa, etc. Pero nunca se podrá decir que hay antijuridicidad simplemente referida al Derecho en general". (719)

Cuando en la teoría general del delito de la doctrina tradicional oigamos hablar del elemento esencial general valorativo del ente jurídico-penal, sin lugar a duda de alguna especie, debemos entender que con ello se está queriendo hacer referencia a la antijuridicidad en materia penal.

Según el concepto que brindé acerca de la antijuridicidad en general, que debe entenderse como la contrariedad a una norma jurídica, puede concluirse que hay antijuridicidad penal cuando es desatendida una norma de esa índole, es la contradicción a una norma jurídico-penal.

Cuando hice referencia a la teoría general de la tipicidad o elemento regulador del delito, expliqué que en los códigos penales encontramos varios tipos de normas, a saber: Descriptivas, prohibitivas, prescriptivas y sancionadoras, tanto en la parte general como en la especial.

A pesar de que la concepción que acabo de dar de la antijuridicidad es clara, el problema no queda resuelto, puesto que para saber cuándo existe, tenemos que saber qué clase de norma contraría y cuál de sus partes es la que ha sido contrariada, para ello es menester precisar.

Si encontráramos que en el proceso de la valoración jurídica del delito ha sido contrariada la disposición de una norma descriptiva o sancionadora, por ejemplo, esta antijuridicidad le es imputable al encargado de la valoración y no podemos decir que forma parte de los elementos del delito que está siendo valorado.

Lo que he dicho no es un absurdo, puesto que si la antijuridicidad implica un contraste con la norma y éste surge en el proceso de la valoración jurídica, indudablemente que puede existir la antijuridicidad de un delito diferente al que es valorado y debe ser cargada a la cuenta del servidor público que lo realiza.

Así las cosas, toda contrariedad a una norma jurídica sea cual fuere su naturaleza y la persona que la realice, da lugar a la antijuridicidad, la cual será considerada como elemento esencial general valorativo del delito cuando reúna las características que mencionaré a continuación.

En primer lugar, para que exista la antijuridicidad penal como el elemento esencial general valorativo del delito debe darse la violación a una norma prohibitiva o prescriptiva de la parte especial del Código Penal o en las normas penales especiales, a las que les he dado el nombre técnico de delito-tipo.

(719) PETROCELLI, La Antijuridicidad, pp. 31 y 154. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México.

Esto es que la antijuridicidad en materia penal para poder ser considerada como uno de los elementos del delito, precisa de la presencia previa de una conducta prohibida o prescrita que junto con todos sus elementos haya llegado a conformarse a un delito-tipo (con ello se reafirma el principio de legalidad).

Ya he dicho que de ese mandato o de esa prohibición se deriva un deber jurídico de obrar, de abstenerse o de abstenerse y obrar cuya vulneración constituye la esencia misma de la antijuridicidad en materia penal, que pueda ser considerada como el elemento esencial general valorativo del delito.

Acerca de este deber voy a tratar en líneas posteriores con amplitud. Ahora tan sólo voy a dedicarme a darles algunas definiciones doctrinales de la antijuridicidad en materia penal, de las que nos brindan los autores descollantes.

REYES nos dice: "Para que una determinada conducta humana sea considerada como delictuosa, no es suficiente que tenga relevancia penal, es indispensable además que sea antijurídica, sólo hay delito cuando el comportamiento humano, contraría el precepto jurídico y no está legalmente justificado". (720)

El mismo autor continúa sus explicaciones diciendo que "entendida así la antijuridicidad presupone una contrariedad entre el acto humano y la norma jurídica". (721)

"Pero esta contradicción no se da mecánicamente; es, por lo contrario, el resultado de un juicio de valor que pertenece al juez. El pronunciamiento y declaración de que un determinado comportamiento es antijurídico, presupone un análisis o, como dice MEZGER, un juicio en el que se afirma su contradicción con las normas de Derecho". (722)

Finaliza así: "Esta valoración jurídica le da un colorido especial a la conducta del agente; precisamente, el colorido de la antijuridicidad, sin el cual tal conducta no sería ilícita; la antijuridicidad constituye de esa manera, (la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el delito en sí mismo)". (723)

ZAFFARONI explica: "Para formular una distinción adecuada entre el instrumento fijador que nos permite conocer el desvalor mismo, nos hemos visto precisados a conceptuar a la antijuridicidad y a tratar varios aspectos de la misma. Ya sabemos pues, que antijuridicidad es la característica de contrariedad al Derecho presentada por la conducta". (724)

"En el concepto de delito, por regla general, no nos interesa cualquier conducta que sea antijurídica, sino sólo las que siendo típicas son además, antijurídicas". (725)

Concluye: "Una conducta típica y antijurídica es un injusto penal: antijuridicidad es un juicio negativo de valor que recae sobre una conducta humana, en tanto que injusto es la conducta humana desvalorada". (726)

KITZINGER nos dice: "Ilícito (hace referencia a lo antijurídico) es todo lo censurado por la voluntad manifestada en la fuente jurídica". (727)

(720) REYES. Derecho Penal Colombiano. Parte General. p. 127-128 Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1964.

(721) REYES. Op. cit. p. 128.

(722) *Ibidem*.

(723) *Ibidem*.

(724) ZAFFARONI. Teoría del Delito, p. 441. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1973.

(725) *Ibidem*. ZAFFARONI.

(726) ZAFFARONI. *Ibidem*.

(727) Citado por MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad. Problema Capital del Derecho., p. 2. Trabajo de Investigación. Concurso de Investigación Jurídico-Penal del Estado de Durango., México, 1984.

CARRARA explicó que el concepto del delito está asentado sobre dos bases, las cuales son: 1. Una contradicción entre el hecho del hombre y el Derecho; 2. Una ley que al prohibirlo restablece la armonía en el reino del Derecho. Así nos habla una "disonancia armónica". La antijuridicidad es la disonancia. (728)

Ahora bien, se atiende a la idea de considerar que la antijuridicidad es elemento del delito, aunque acude a mi memoria el pensamiento de algunos doctrinarios que nos dicen que no puede ser uno de los elementos porque es su propia esencia, que es el en sí del ente jurídico-penal.

Vamos, lo mismo podría decirse de la conducta, de la tipicidad y de la culpabilidad, todos los elementos del delito son parte de su esencia y, exactamente eso es lo que viene a significar el término elemento, y no por ello vamos a negarle su calidad e importancia a uno de ellos y a resaltar la de otro.

Considero que es necesario que la antijuridicidad sea ubicada como uno de los elementos del delito, para que en el procedimiento de la valoración sea probada y comprobada su presencia, calificando a la conducta típica y antijurídica como contraria al deber ser, si no estuvo justificada (excepción-regla).

La antijuridicidad es uno de los elementos del delito en el cual se valora que la conducta que se ajusta a las peticiones típicas además es contraria al deber ser, sin desconocer que la conducta antijurídica transgrede el aspecto objetivo y subjetivo de las normas jurídicas de naturaleza penal.

Correcto, la aceptamos como uno de los elementos del delito, sí, pero ¿de qué clase? Pues sencillamente debemos decir que es de índole esencial y valorativa. Esencial porque forma parte del delito mismo, en cualesquiera de sus manifestaciones y valorativa, porque encierra un juicio de valoración, en el cual es declarada su valor o desvalor, de acuerdo con el ordenamiento legal.

La antijuridicidad como elemento del ente jurídico concurre para formar parte de la esencia del delito, es necesaria para la constitución del delito en general y en especial; es de carácter general porque funciona para el delito genérico y para el específico y valora las conductas típicas, para demostrar que son contrarias a lo que prescribe el ordenamiento.

En la valoración jurídica de la antijuridicidad entran en juego diversos criterios. BINDING hablaba de la valoración entre la norma y la ley. GRAP ZU DORNA mencionó el ataque injusto. VON LISZT aludió a la evaluación entre la norma y las reglas de la sociedad y todo ello será tratado en un inciso posterior.

Desde otra perspectiva, también puede considerarse que la antijuridicidad es un elemento especial valorativo del delito, si es que aceptamos la inclusión de la antijuridicidad especial tipificada; mas aquí la valoración ya no atenderá solamente al aspecto objetivo, debe ser valorada aquella "intención especial del agente" (aspecto subjetivo).

Como colofón, diré que la antijuridicidad es un elemento, el tercero, del aspecto positivo del delito y que en el orden lógico que impera entre ellos, debe probarse y comprobarse inmediatamente después de la tipicidad e inmediatamente antes de la culpabilidad. Así podríamos hablar de una conducta típica antijurídica culpable o inculpable.

El aspecto negativo de la antijuridicidad se nos presenta en forma de aspectos que justifican la conducta que es contraria al deber ser, la cual no debe calificarse como jurídica, sino como justificada, porque de cualquier manera la antijuridicidad está presente en ella.

Para proceder a la valoración de la antijuridicidad y concretarla a ella misma o a una justificante legal, es necesario que previamente se dé una conducta que, junto con todos sus requisitos, se haya adecuado a un delito-tipo.

La tipicidad y la antijuridicidad encuentran una semejanza, que a la vez nos sirve para diferenciarlas entre sí: En ambas hay un juicio de referencia con el delito-tipo. En la tipicidad es para buscar la adecuación a él y en la antijuridicidad, la contrariedad de esa adecuación con el deber ser contenido en la norma.

(150) LA EXISTENCIA DEL DEBER SER.

Recordemos aquí que los orígenes de las normas jurídicas, en general, los podemos encontrar en la constante necesidad e la sociedad de proteger los bienes jurídicos que sus integrantes poseen, en contra de los ataques injustos que pudieran serle inferidos por quienes no atienden los deberes que emanan de ellas.

Para brindarle esa tutela al sector social es que fueron creados los parámetros de comportamiento que servirán para regular el comportamiento en el núcleo, en el sistema jurídico fueron incluidos los bienes jurídicos fundamentales y cuando necesitaron de una protección especial, pasaron a ser parte del área penal.

Por ser nuestra materia de carácter eminentemente coactivo y coercitivo, reacciona con sanciones afflictivas a esos ataques, que privan al sujeto activo de alguno de esos bienes jurídicos fundamentales; es la última medida que debe tomar el estado y procurar antes otros medio se prevención, evitación y sanción.

En este orden de ideas, diré que en las normas penales fueron incluídas las conductas que lesionaban, destruían, ponían en peligro o controvertían los valores esenciales para la convivencia social, cuando ese era el último recurso de que podía echar mano el estado para evitar los ataque injustos.

En forma de prohibiciones o prescripciones y complementándolas con todos los requisitos que se creyó necesario, según la necesidad de protección del bien, fueron detallándose ciertos comportamientos, que son los que el hombre debe asumir, para evitar la reprobación social y jurídica.

El espíritu de las normas que describen esas conductas o delitos tipo, desde siempre ha estado ligado con un deber ser jurídico-penal, cuya función más importante es la de moldear la conducta del sujeto y evitar que lesione, haga peligrar destruya o controvierta los derechos de los demás.

Ese deber ser adquiere connotación con lo jurídico, en virtud de que emana de una norma contenida en un ordenamiento de esa naturaleza, puede ser de obrar o de abstenerse según que el mandato de la normatividad esté dirigido a un movimiento o a una abstención o sea, si ordena una conducta activa u omisiva.

Para que la conducta típica pueda ser considerada como antijurídica es necesario que con ella se contrarie aquello que dispone el deber ser jurídico-penal, esto es, que vaya en contra de lo que está preceptuado en forma de mandato en las normas y que no logre acogerse al amparo de una justificante.

Dije que el elemento valorativo del delito está integrado por un presupuesto y un elemento. El presupuesto lo es la existencia del deber ser; nada más puede ser vulnerada esta obligación en los supuestos en que sea obligatorio para un determinado sujeto atenderlo, esto es que esté dirigido en forma expresa a él.

La existencia se refiere a que cierta persona tenga la obligación de atender a ese deber. En primera instancia el mandato es para todos (*erga omnes*), aunque hay ocasiones en que por diversas razones está dirigido a una persona en especial y esta es la existencia que debe ser probada y comprobada.

Contrariamente a lo que ha sido opinado en la doctrina tradicional, estimo que ese deber ser jurídico relacionado con el área penal solamente puede ser encontrado en las normas que le son propias y no se algún otro ordenamiento jurídico, o bien puede surgir de las costumbres sociales.

Esto es porque una norma de naturaleza diversa a lo penal puede imponer ciertos deberes jurídicos, que no le interesan al sistema punitivo, si no es en los casos en que el bien jurídico tutelado también ha sido protegido por la norma penal, porque los deberes de otras áreas sólo nos importan en esos casos.

Por ejemplo, en el caso del delito-tipo de incumplimiento de la obligación de proveer a los recursos necesarios para atender a la subsistencia familiar, la ley penal impone este deber jurídico de provisión, que también está preceptuado en el área jurídico-civil y que nos interesa por estar relacionado con la materia.

Otro supuesto lo es aquel que está referido al delito-tipo de fraude, en el cual la ley punitiva prevé el deber de abstenerse de obtener lucros indebidos por medio del engaño o del aprovechamiento del error y el área civil impone el deber de no celebrar contratos lesivos a los intereses de las partes.

Cada uno de los ordenamientos legales contiene su propio deber ser jurídico, es por eso que nos está permitido hablar de diversas clases de anti-juridicidad, según sea la naturaleza de la norma que lo contiene. El deber ser extrapenal solamente le interesa al área de la punición en el supuesto en que también lo provee en sus postulados.

Un caso diferente lo es cuando el deber ser jurídico está relacionado con una omisión, porque allí sí que podemos hablar de una obligación extrapenal y hasta extralegal, por situaciones de las que trataré con posterioridad. Ahora voy a referirme al deber con relación a la norma que le da nacimiento.

(a) EL DEBER SER EN LAS NORMAS PROHIBITIVAS.

El tipo de delito se encuentra en una norma de naturaleza prohibitiva cuando su esencia es la de ordenar que no se lleve a cabo una determinada conducta o que se produzca cierto resultado. De las normas prohibitivas emana una obligación de abstenerse, relacionada con la actividad o el resultado lesivo.

Esta situación puede ser traducida así: Tienes el deber de abstenerte de hacer el despliegue de una actividad y de producir con ella un resultado que haga peligrar, lesione, destruya o controvierta un bien jurídico que la ley penal ampara con la descripción de la norma que contiene al delito-tipo de que se trata.

El deber ser que proviene de una norma de esencia prohibitiva solamente puede ser de índole jurídico-penal y adquiere un matiz dualista: Por un lado tenemos que está dirigido a la conducta y por el otro, notamos que también está enfocado hacia los resultados; ambos tienen el común denominador de ser deberes de abstenerse.

En los delitos que son producidos con intención directa (dolo), el deber que adquiere prevalencia es aquel que está dirigido a la conducta activa del sujeto; puesto que si ésta es evitada, el resultado jurídico (violación a la norma) o material (cambio en el mundo exterior) no tendrá verificativo.

Para los casos en que la acción sea ejecutada con intención indirecta (culpa), el deber ser jurídico de evitar el resultado es el que adquiere mayor importancia; habida cuenta de que el sujeto tiene la obligación de evitar los resultados que pueda provocar con su imprudencia o negligencia (jurídicos o materiales).

En ambas situaciones el deber ser tiene que estar previsto en una norma jurídico-penal, que será la misma que detalle la conducta que es objeto de la prohibición (o los resultados). De ninguna manera podría aceptarse la idea de que ese deber ser pueda tener naturaleza penal o extrapenal, como se ha pensado en la teoría tradicional.

Si en la norma penal de que se trata en el caso concreto no está previsto el deber ser que crea la obligación, o bien si éste no va dirigido al sujeto, la conducta o el resultado no podrán ser considerados como antijurídicos, en el entendido de que nos faltaría el presupuesto del elemento valorativo y ello hace imposible su nacimiento en el mundo jurídico-penal.

Cuando ese deber ser legal es obtenido de lo que está estipulado en la norma penal que estamos cuestionando y va dirigido a la persona que se procesa, la conducta que lo contraría será considerada como antijurídica (si no puede acogerse a una justificante) y en la culpabilidad deberá comprobarse que pueda serlo exigido de acuerdo con las circunstancias y sus peculiaridades.

(b) EL DEBER SER EN LAS NORMAS PRESCRIPTIVAS.

Cuando la norma que estamos analizando en el caso concreto es de las de índole prescriptiva, el deber ser que con ella está relacionado adquiere un doble sentido y varias facetas: Está dirigido a la conducta y al resultado, es de obrar y de abstenerse y además puede ser penal o extralegal en determinados casos.

Podemos enunciarlo así: Tu deber es el de abstenerse de realizar una conducta omisiva, para evitar que se produzca, se ayude a producir o no sea evitada una consecuencia que lesione, ponga en peligro, destruya o controvierta una expresión de Derecho que esté regulada en el ordenamiento penal.

Aquí se nos presenta una hipótesis que difiere de la de las normas prohibitivas, en el entendido de que el deber ser puede emanar de la ley penal o provenir de una situación especial, que crea una posición legal de garantía con respecto al bien jurídico salvaguardado, dirigida a un sujeto en especial.

Cuando la omisión produce un resultado de naturaleza puramente jurídica en forma exclusiva y esto es debido a la intensión directa (dolo) del sujeto, el deber ser más importante para el sujeto, es aquel que está dirigido a la conducta, que es el de obrar para que no sea producido el resultado que está previsto en la norma.

Sin con la conducta omisiva es provocado un cambio en el mundo jurídico y es debido a la intensión indirecta (culpa) del activo, el deber ser que toma prevalencia es aquel que está referido a evitar que aparezcan las consecuencias que están prohibidas por los postulados de la ley penal.

En ambas hipótesis, el deber ser únicamente podrá tenerse en consideración cuando emane de la norma jurídico-penal que prevenga al delito-tipo, no puede provenir de una norma de índole diversa a la punitiva, ni tampoco de situaciones extra-penales que lo creen, sin riesgo de vulnerar el principio de legalidad.

Un caso diferente y un tanto problemático lo es el que se presenta cuando con la omisión ha de ayudarse a producir o no se evite un resultado material (cambio en el mundo exterior) previsto en la norma que define al delito-tipo que es el objeto de la valoración jurídico-penal.

En estos supuestos resulta que si en la ley no encontramos incluido al deber ser de evitar las consecuencias que son generadas con la intervención de un comportamiento omisivo, no podrá decirse que la conducta sea antijurídica, en virtud de que estaríamos ante la presencia de un indiferente jurídico y podríamos vulnerar derechos.

Vamos a ver primero la hipótesis de que el deber ser de evitar el resultado se encuentre expreso en el delito-tipo. Aquí, el cambio que es ayudado a producir o que no se evita con la conducta del sujeto es contrario a la obligación (si no lo ampara una justificante) y tenemos que atribuirselo como si lo hubiera provocado.

Si el delito-tipo no expresa ese deber, aunque podamos obtenerlo de una situación especial relacionada con las costumbres sociales y la ley contiene una fórmula de atribución general, el resultado material también debe ser cargado a la cuenta del individuo, cual si lo hubiese provocado, si no lo ampara una justificante.

¿Qué es esto?, ¿acaso no es una verdad jurídica que solamente sea responsabilizado el hombre por aquello que fue producto de su comportamiento?, ¿con ello no estamos rebasando los límites de la antijuridicidad y de la responsabilidad mismas?, porque el comportamiento humano sólo desencadenó el proceso causal o no lo evitó.

Pues no, no rebasa límite alguno, en virtud de que existe un deber de impedir esos resultados, que aunque sea extra-legal debe atenderse para procurar la protección de los bienes jurídicos y es creado por una posición legal de garantía creada o reconocida por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, ¿qué es eso de una posición legal de garantía que tiene un sujeto en relación a uno de los bienes jurídicos que se encuentran tutelados en la ley penal? Es un vínculo legal que va d individuo a valor penal, creado o reconocido por el orden jurídico, para protección y salvaguarda de los bienes.

La posición legal de garantía es un deber especial relacionado con la conducta omisiva, en el cual el sujeto tiene la obligación de proteger el bien jurídico, absteniéndose de ayudar a producir o procurando evitar resultados funestos, que son producidos por los factores de la causalidad, que su omisión desencadena o no contiene.

Este deber especial no va en contra de la naturaleza del orden jurídico, puesto que no estamos derivando nuestra obligación de dar tutela a los bienes de los individuos en un sujeto determinado, sino que es él mismo quien se coloca como garante del valor tutelado por su voluntad o por haber creado una situación anterior peligrosa.

El individuo que ha creado el riesgo para el bien jurídico o que por sí mismo ha aceptado su salvaguarda, será responsable de las consecuencias fatales que al valor jurídico le sean ocasionados, porque se ha colocado como guardián de su seguridad y la ley puede exigirle ese deber.

ISLAS acepta denominar a la posición legal de garantía "calidad de garante" y la define así: "Es la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singulamente determinados, creada para la salvaguarda de un bien". Además nos dice que es una de las cualidades del sujeto activo. (729)

La posición legal de garante o calidad de garante es un tema que recientemente ha tenido connotación con la ciencia jurídico-penal, aunque la situación problemática que representa data del siglo XIX. FEUREBACH, en Alemania, fue el primero de los juralistas que habló de ella, diciéndonos que derivaba de la ley y del contrato.

En Alemania, la necesidad de atender a la posición legal de garantía, surge en el momento en que se analiza el Código Penal de 1870. El concepto de la acción es entendido en su amplitud, incluyendo tanto a la actividad como a la inactividad. Si el tipo prohíbe un resultado, debe entenderse que puede ser cometido por acción o por omisión.

Todos los tipos prohibitivos imponen un doble deber ser: De obrar y de abstenerse. Por ejemplo, en el homicidio existen el deber de no causar la muerte y el deber de salvarla. Si se atiende al sólo deber de evitación, concluiríamos que todos estamos obligados a evitar la muerte de cualquier persona.

El anterior razonamiento nos conduciría al absurdo y así, los alemanes se vieron ante la necesidad de buscar un criterio para limitar el deber de evitación y poder determinar la omisión relevante y al mismo tiempo, al sujeto al cual debe exigírsele el cumplimiento del deber ser.

De esta manera surge la posición legal de garantía o calidad de garante. Solamente quien está colocado en posición de garantizar la seguridad del bien jurídico, tiene el deber de evitar que sea producido el resultado material típico. La posición surge de la ley o de las relaciones sociales que se han hecho costumbre.

ISLAS nos dice: "Sólo el que tiene la calidad de garante tiene el deber de evitar. Sólo quien, por una interdependencia social con otras personas está en condición de garantizar un bien protegido por el derecho penal, tendrá el deber de evitar la lesión de ese concreto bien". (730)

MAURACH explica: "La función de garantía implica una posición especial del afectado por la obligación frente a la masa de los restantes sujetos" (731) Dice que al sujeto no solamente le es impuesto un deber de simple actuación, sino que este deber está precisamente dirigido a evitar el resultado típico. (732)

La posición legal de garantía únicamente funcionará en relación con los delitos que tienen un resultado material y que acepten a la omisión esta forma censurativa, o bien aquello que es conocido como "delito de omisión por omisión" (omisión impropia, falso delito de omisión o delito espurio).

(729) ISLAS. Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida. p. 25. Editorial Trillas, S.A., México, 1982.

(730) ISLAS. *Ibidem*.

(731) MAURACH. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, pp. 284-285. Ediciones Ariel. Barcelona, 1962.

(732) MAURACH. *Ibidem*

Se encuentran en posición legal de garantía, por ejemplo, una madre en relación con la vida y la salud de su hijo, el padre por cuanto hace a la subsistencia de la familia, los médicos en lo tocante a la vida y a la salud de sus pacientes, el sujeto que ha hecho una aceptación efectiva o ha creado una situación de riesgo, etc.

"La inactividad de quien está en tal posición de garantía, lo hace culpable no de un delito de omisión propiamente dicho, sino culpable, sea como autor o como partícipe, de un delito de omisión impropia, es decir, de un delito comisivo realizado y cometido por inactividad", nos dice MAURACH. (733)

Así, la madre que no evita la muerte de su hijo, el padre que ocasiona una lesión o a muerte de sus dependientes para la subsistencia, el médico que no hace lo posible por salvar la vida de su paciente, la encargada de cuidar a un menor de edad que lo descuida y muere, etc., serán responsables de homicidio.

Si el individuo es responsabilizado por la muerte, no es porque él la haya producido, sino porque teniendo a su cargo el deber de salvaguardar la vida del pasivo, no la evitó. La imputación podrá ser hecha a título de dolo o de culpa, según las características de la intención con la que actuó.

En cuanto a la ubicación sistemática de la posición legal de garantía dentro de la teoría del delito, NAGLER, SCHRODER y GALLAS dicen que es una característica no escrita del tipo objetivo. MAURACH es de la opinión que es una característica del delito situada fuera del tipo. ISLAS la tiene como una calidad del sujeto activo. (734)

En mi estima, la posición legal de garantía pertenece a los elementos típicos y puede estar contenida en el delito-tipo tácita o expresamente. Su valoración no pertenece al elemento regulador o tipicidad, sino es presupuesto del elemento valorativo o antijuridicidad, entendida como la existencia del deber ser.

La posición legal de garantía es muy necesaria para que el elemento valorativo o antijuridicidad pueda tener existencia en el mundo jurídico-penal y su ausencia hace imposible la concreción de este componente del delito y la existencia del ente jurídico en el mundo penal.

La posición legal de garantía ha sido creada por el ordenamiento jurídico, o bien nació de las situaciones de interdependencia social y fue reconocida por el sistema. Quien se encuentra en posición de garantizar la seguridad de un bien jurídico, será responsable de los ataques que pudiera sufrir.

La forma más técnica de regular legalmente la posición de garantía o calidad de garante, es incluirla en una fórmula genérica dentro de la parte general de los Códigos Penales, para que pueda funcionar y ser aplicada en todos los delitos-tipo que por su esencia la acepten.

La posición legal de garantía puede surgir de las siguientes situaciones: 1. Del sistema jurídico-legal; 2. De una aceptación efectiva; 3. De una conducta anterior peligrosa; 4. De especiales agrupaciones de seguridad o de peligro. Es decir, su naturaleza puede ser legal o extralegal.

En caso de que la posición legal de garantía sea de índole extra-legal, debe estar contenida en una fórmula genérica de atribución en la parte general del Código Penal o en cada delito-tipo, en su defecto. Si esta disposición no existe, atribuirle la conducta al sujeto implica vulnerar sus derechos.

Considero que la posición legal de garantía puede tener su fórmula genérica de atribución de la siguiente forma: El resultado material que se ayuda a producir o no es evitado por una conducta omisiva, debe serle atribuido al sujeto que no lo impidió, si tenía el deber jurídico de hacerlo.

(733) MAURACH. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, pp. 284-285. Ediciones Ariel. Barcelona, 1962.

(734) ISLAS. Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida. p. 26. Editorial Trillas, S.A., México, 1982. Cfr. pág. 26. Nota de pie de página.

Quedaría más completa si añadimos lo siguiente: Tiene el deber jurídico de evitar la producción de un resultado material, toda persona que se halle en posición de garantía de la salvaguarda de un bien jurídico, por su voluntad o por la de la ley. Con su inclusión en el texto legal propiciamos la seguridad jurídica.

En estos casos, como ya dije, el Estado no está delegando su obligación de tutelar los bienes jurídicos de la comunidad, aunque por las relaciones de interdependencia social, los mismo ciudadanos estamos obligados a procurar la salvaguarda de los valores fundamentales para la conservación del núcleo.

Tampoco resulta injusto que al sujeto le sea imputadas las consecuencias materiales, cual sí él hubiere producido el delito, porque desatendió un deber ser que expresamente le estaba dirigido, bien fuera porque el sistema jurídico se lo impuso, o por aún, porque él mismo lo aceptó o lo generó.

La posición legal de garantía puede provenir de las normas jurídicas de naturaleza propiamente penal o de alguna otra área que esté en relación con ellas. También las disposiciones jurídicas consuetudinarias y las resoluciones de los tribunales pueden crearla y sobre esto no hay mayor problema.

ISLAS explica: "En los casos en que la posición de garantía deriva de una orden especial de la ley, cabe apuntar que con ello se está entendiendo no solamente el derecho escrito, sino también el derecho consuetudinario y la jurisprudencia. Al respecto, PEUREDAHL ha considerado que esta fundamentación es la principal". (735)

Como ejemplos de esta hipótesis tenemos al deber de cuidar a los enfermos, el deber de proveer lo necesario para la subsistencia familiar, la sentencia que condena a proveer la subsistencia a un paciente en especial, el deber del médico de procurar la vida de sus pacientes, etc.

Ya he señalado que en todos los casos la posición de garantía debe ser reglamentada por la ley penal, en una fórmula de imputación genérica en su defecto, en el delito-tipo respectivo, pero esto no resulta muy técnico, por eso la llamo "posición legal de garantía", aunque no provenga de la ley.

También una aceptación efectiva puede crear esa posición de garantía, en virtud de que es el mismo sujeto quien se está colocando en posición de garante del bien jurídico y está obligado a proteger su integridad; se tiene como voluntaria también la creación de obligaciones en el contrato.

ISLAS expresa: "Cuando se ha asumido voluntariamente una función o ha habido una aceptación efectiva, la doctrina, y aún el derecho en un principio, ligó esta idea con la de la aceptación contractual, lo cual traía, como consecuencia, la dependencia del deber jurídico penal de evitar el resultado, respecto de los aspectos jurídicos civiles del contrato". (736)

La autora culmina: "Por ello, en época reciente, se ha entendido que basta (la aceptación real de una especial esfera de deberes ligada a la evitación del resultado). En este sentido NAGLER afirma que la responsabilidad no se basa en la voluntad de las partes del negocio jurídico, sino en su intervención en el proceso social". (737)

Quando se habla del contrato, con todo el respeto que la opinión contraria me merece, para calificar la fuente de donde proviene la posición legal de garantía debe atenderse a la voluntad de las partes de crear las obligaciones y con esto no se está haciendo depender al deber penal de los aspectos jurídico-civiles.

Para defender la postura anotada, vuelvo a repetir que en todos los casos la ley penal debe recoger a la posición legal de garantía en sus postulados, para legalizarla y que sin la existencia de esta disposición, los deberes civiles que se derivan del contrato, no tendrían relevancia alguna en nuestra área.

(735) ISLAS. Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida. p. 26. Editorial Trillas, S.A., México, 1982. Cfr. pág. 26. Nota de pie de página.

(736) *Idem*.

(737) *Ibidem*.

No solamente quedan incluidos los contratos civiles, sino también los laborales y cualesquier otros acuerdos de voluntades que tengan por objeto crear obligaciones, aunque no pudieren llegar a ser enmarcados dentro de los tipos legales de contrato, porque lo que interesa es la aceptación efectiva.

Los ejemplos que puedo citar son los siguientes: Los deberes de un patrón para proteger la seguridad de sus empleados, el deber de las enfermeras de administrar los medicamentos a las personas que están bajo su cuidado, los deberes de las maestras de los jardines de niños de procurar la seguridad de los pequeños que están bajo su cuidado, etc.

Por último, tenemos que la posición de garantía puede surgir de una conducta anterior peligrosa, que quizás sea la hipótesis que adquiere mayor relevancia, en virtud de que el mismo sujeto a quien le será exigido el deber, fue el que creó el riesgo para el bien jurídico, sin importar que la conducta anterior tenga carácter delictuoso.

ISLAS expone: "Lógica y justa resulta esta consideración del Derecho Penal alemán, pues nadie podría estar en contra de la tesis de que quien generó un riesgo, un peligro para el bien jurídico, tiene el deber de realizar una acción adecuada para eliminar tal peligro. En este caso no es necesario que la conducta peligrosa anterior sea delictiva: su naturaleza jurídica no importa, sólo es relevante el peligro en que coloca al bien". (738)

"MAURACI señala, como ejemplo de lo anterior, la responsabilidad que, por homicidio o lesiones onisivos, se le atribuye al hostelero que suministra a un conductor una dosis excesiva de bebidas espirituosas y no impide que éste, su cliente, maneje su vehículo y, al atropellar a una persona, ocasiona alguno de los delitos señalados", señala la misma autora. (739)

En mi consideración en esta hipótesis MAURACI se está yendo a los extremos aquellos de que nos hablan los tratadistas en la relación de causalidad, en que debíamos remontarnos a la responsabilidad de la persona que plantó el árbol, con el que hicieron la madera, para elaborar la cama, en la cual durmieron los adúlteros.

Siempre debe atenderse a los justos límites de todas las situaciones, para evitar el terror penal; no hay que exagerar en la punición, cuanto mayor precisión haya, será mejor para todos. En el ejemplo que pone MAURACI la única responsabilidad de hostelero sería la de permitir que el bebedor manejara.

El hostelero únicamente está en posición de garante con respecto a los bienes jurídicos del bebedor y no de cualesquiera de los transeúntes a los que el pudiera atropellar y causarles lesiones o la muerte, si no llegaríamos al absurdo de que él tendría que garantizar la vida y la salud de todos.

Si tomáramos en cuenta lo que ejemplifica MAURACI, el hostelero sería responsable de todas las lesiones o muertes que provocara el bebedor, de daño en propiedad ajena, si el automóvil sufriese algún desperfecto, de la vida y la salud del conductor, etc. e llegaríamos a cometer una injusticia.

Para mí, el ejemplo sería más sencillo: Que el dueño de un automóvil de rúleteo, obligara por medio de la violencia moral a que el empleado lo condujese, a sabiendas de que tiene algún desperfecto y que por esa causa, el chofer al chocar, resultara muerto junto con un pasajero.

Venamos que en todos estos casos no es la conducta del sujeto en sí misma la que produce el resultado probablemente delictuoso, éste se debe a que desencadena las fuerzas naturales o a la intervención de una voluntad ajena a la suya; empero, él no evita el ataque al bien jurídico.

El resultado lo es atribuido como si él mismo lo hubiese producido, porque lo provoca, o bien porque no lo evita teniendo la obligación legal de hacerlo. La responsabilidad será a título de dolo o culpa y en calidad de autor material, aclarando que si bien es cierto que no lo produjo, se le imputa por desatender a la obligación.

(738) ISLAS. Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida. p. 27. Editorial Trillas, S.A., México, 1982. Cfr. pág. 26. Nota de pie de página.
(739) Ídem.

Esto sólo podrá hacerse efectivo, cuando se compruebe que entre el individuo y el bien jurídico existía esa posición legal de garantía y la posibilidad de imputación prevista en la ley, desde luego comprobando la efectiva contradicción de la conducta asumida con el deber ser que era de la norma.

(151) LA CONTRARIEDAD AL DEBER SER.

Después de haber analizado la existencia del deber ser jurídico penal como presupuesto del elemento valorativo o antijuridicidad, es necesario que hablemos de la contrariedad al mismo, como elemento de ese componente del delito y que constituye la esencia misma de la conducta antijurídica.

No basta con que hayamos comprobado que existe el deber ser en las normas legales y que está expresamente dirigido a una persona, puesto que ahora es menester que comprobemos que la conducta asumida contradice esa contraria a esa obligación legal; esto es, que corroboramos que no existe justificación legal.

La conducta típica es antijurídica cuando existiendo un deber ser jurídico-penal dirigido a la persona que actúa, su conducta contradice el mandato legal y no puede acogerse a los beneficios que nos proporcionan las causas de justificación que reconoce el ordenamiento jurídico-penal.

Aquí será necesario que hablemos de los límites de la antijuridicidad, para tratar de lo legítimo, lo justo, lo legal y lo jurídico, cuyos contrarios han sido confundidos con el tercer elemento del delito. También aludiré a las normas de dolo, aunque someramente, por pertenecer a la culpabilidad.

Tengo que dejar asentada la diferencia tajante que existe entre la antijuridicidad y todos aquellos términos que los doctrinarios suelen emplear como sus sinónimos que están mal utilizados, porque aunque tienen relación con ella, no es posible que los demos idénticos significados.

Quiero que esté bien claro que se considera que un comportamiento típico es antijurídico cuando contradice un deber ser que existe en las normas jurídico-penales y su autor no se encuentra amparado por alguna de las justificantes que prevé la misma ley, utilizando solamente el procedimiento de excepción-regla para concretar lo antijurídico.

Como ya expliqué, la antijuridicidad o elemento valorativo del delito, está compuesta por un presupuesto y un elemento. El lugar del presupuesto lo ocupa la existencia del deber ser jurídico-penal y el del elemento lo tiene la efectiva contradicción de la conducta con ese deber ser jurídico-penal.

Nadie duda que además de ser antijurídicas, habrá conductas que sean injustas, ilícitas, ilegítimas o ilegales, aunque todos estos términos no son sinónimos, como suelen emplearlos hasta los doctrinarios más descollantes. Explicaré concretamente que es lo que significa cada uno de ellos.

(a) LO ANTIJURIDICO, LO JURIDICO, LO INJUSTO, LO ILICITO, LO ILEGAL Y LO ILEGITIMO.

Injusto e ilícito vienen a constituir el género del cual se desprenden dos especies: Antijurídico e ilegal, las cuales se matizan con lo jurídico por la simple y sencilla razón que están relacionadas con las normas jurídicas. Ilegítimo es una cuestión aparte, ya hablaré de ello. (740)

Se ha dado en llamar a la antijuridicidad: Ilícitud, injusto, ilegítimidad e ilegalidad. En realidad, como ya dije, los dos primeros vocablos vienen a tener el carácter de géneros y la antijuridicidad y la ilegalidad hacen referencia a las especies. La legitimación es un término netamente procesal, el cual nada tiene que ver con lo sustantivo.

(740) Estos párrafos forman parte de mi obra: *La Antijuridicidad. Problemática Capital del Derecho*, pp. 32 y ss. Trabajo de Investigación. Concurso de Investigación Internacional Jurídico-Penal del Estado de Durango, México. 1984.

No solamente existe el sistema jurídico como conjunto de normas, hay que olvidarnos de ese marcado sentido de posesión y exclusivismo que ha pretendido adquirir nuestra disciplina y propugnar la interdisciplina científica. A su lado hay otros catálogos que también se dedican a regular la conducta humana. (741)

En las normas jurídicas notamos que es el Estado, como representante de la sociedad, quien se erige como codificador a través del órgano legislativo; en valorador por medio del poder judicial y concreta la coactividad, en la función coercitiva que lleva a cabo el órgano ejecutor, para cumplir las sanciones.

Un presupuesto para poder incluir las conductas en los catálogos de normatividad, para poder sentenciar e imponer una pena y para que ésta pueda ser ejecutada, es la presencia de la antijuridicidad, bien sea en su aspecto formal o material (como elemento del delito), es necesaria.

Quando en las normas sociales, morales o religiosas se da una contrariedad a sus mandatos, ésta recibe el nombre de ilicitud o injusto, calificativo adecuado, puesto que constituye al género. Las especies, es decir la antijuridicidad y la legalidad, no pueden servir para denominar esa contrariedad.

Esas especies se dejan para denominar la contrariedad o el desajuste a las normas jurídicas, que es lo que consensualmente se entiende como ley, respectivamente. Hay que entender que también puede haber ilícitos e injustos dentro del ámbito de lo jurídico y que la contrariedad no implica el desajuste.

DELITUALIA nos dice: "La ilicitud es un predicado de la conducta y se reduce a la violación de la obligación jurídica, a una antitesis entre el comportamiento jurídicamente obligatorio y el comportamiento efectivamente seguido por el sujeto; mientras la antijuridicidad o injusto jurídico sería el calificativo el efecto, o sea, la no conformidad del estado de hecho con el estado querido por el derecho". (742)

El autor continúa: "Significado que, además, no es constante, porque con los términos injusto o hecho antijurídico se designa, no sólo este efecto, sino el hecho en su sentido más amplio, constituido por la acción y el resultado". (743)

Finaliza así, "El injusto o hecho antijurídico es un hecho antijurídico es un hecho lesivo de un bien o interés protegido por el Derecho, y es, además, una acción voluntaria, libre, culpable, esto es, ilícita, por ser contraria al deber jurídico impuesto por la norma". (744) Hay que establecer las marcadas diferencias que existen entre estos términos, repito.

(b) LA LICITUD Y LA ILICITUD.

Para definir a lo ilícito, se acostumbra simplemente decir que es lícito todo aquello que no está prohibido en forma alguna. Cabe recordar aquella frase tan gastada que dice: "Lo que no está prohibido, está permitido".

Lo lícito no está regulado en las normas de conducta sociales, morales, religiosas o jurídicas. En el campo jurídico las conductas lícitas únicamente adquieren su regulación en ámbitos diferentes a lo penal, el ordenamiento punitivo únicamente está previendo conductas ilícitas o justificadas.

Algunos autores han confundido la lícitud con las normas justificativas o causas de justificación, concepción que resulta errada desde cualquier ángulo que se la vea. Las normas justificativas han sido incorrectamente llamadas "causas de lícitud", aduciendo que la conducta es lícita desde que nace, es decir que está permitida.

(741) Estos párrafos forman parte de mi obra: *La Antijuridicidad*. *Problema Capital del Derecho*, pp. 32 y ss. Trabajo de Investigación. Concurso de Investigación Internacional Jurídico-Penal del Estado de Durango, México. 1984.

(742) *DELITUALIA*. *Contributio alla Nozione del Reato*. *Revista Italiana per la Scienza Giuridiche*, pp. 10 y ss. Italia, 1926.

(743) *Idem*.

(744) *Ibidem*.

Es falso, ya que la norma justificativa no permite, sino que hacen justa una conducta, hacen que desaparezca el carácter antijurídico de una acción u omisión típica. No es que permitan el comportamiento, aunque lo justifican por mayoría de razón, justicia y equidad, basadas en el principio del interés preponderante.

De ninguna manera puede ser lícita una conducta que ataca un bien amparado por la ley penal, recordemos que lo lícito es lo que no está prohibido por orden alguno. Los comportamientos lícitos jurídicos tienen este carácter cuando no los consigna en sus restricciones alguna norma jurídica o los permite expresamente.

No podríamos decir que el hecho de causar una alteración en la salud en legítima defensa, por ejemplo, es lícito, porque está prohibido lesionar; mas en los casos en que concurra la legítima defensa la lesión se justifica, siempre y cuando llene los requisitos que son enumerados para su legalidad (prueba irrefutable de que la conducta no está permitida).

Ninguno de los ordenamientos legales que abarca mi conocimiento, sea nacional o extranjero, contiene alguna norma que diga: "Te permito lesionar, matar, etc., en legítima defensa, en estado de necesidad, etc.; sin embargo, si contienen normas justificativas cuando se actúa ante ataques injustos, peligro actual o inminente, etc.

Inudablemente, al estar reguladas estas conductas y recordando la definición de lo lícito, no podemos pensar siquiera que están permitidas. Se ha dicho que en los casos de justificación la conducta es lícita desde su nacimiento, lo cual es inadmisible. Está prohibida, lo que pasa es que se justifica la actuación.

Al término lícito se lo contrapone con el vocablo ilícito y es ilícito lo que no está permitido, lo prohibido, lo regulado en los catálogos de conductas restrictivas. Toda acción u omisión que es contraria a las normas de cualesquier de los órdenes existentes, es ilícita, cuando esté regulada en forma de prohibición o prescripción.

El ilícito jurídico es todo aquello que está incluido en forma de prohibición o prescripción en alguno de los catálogos de normatividad, si su esencia es punitiva, pertenecerá al área de lo penal. Si acaso, lo ilícito podría ser formalmente antijurídico, aunque nunca materialmente.

PETROCELLI manifiesta su preocupación por conceptual al ilícito en las siguientes líneas: "La doctrina del ilícito debe tender a establecer identidad de contenido entre injusto y hecho ilícito o hecho antijurídico, reduciéndose a indicar los casos en que tiene lugar, estrictamente hablando, de acuerdo también con el sentido de la conciencia social, una contrariedad al Derecho". (745)

El mismo autor concluye "y dando diversa denominación a los fenómenos ahora incluidos, y que no constituye ilícito, en el amplísimo y vago concepto de lo injusto. Esto será de ineludable utilidad no sólo para la exacta comprensión del fenómeno del ilícito penal, sino también del injusto jurídico en general". (746)

(c) LA JUSTICIA Y LA INJUSTICIA.

En el lenguaje estrictamente jurídico lo justo es todo aquello que está conforme al ordenamiento, en el sentido de que éste procura la justicia. Es lo que debe hacerse cuando nos ajustamos al orden legal. Las leyes jurídicas han sido equiparadas a la justicia, aunque no siempre la realicen.

En el lenguaje coloquial no ocurre lo mismo; habida cuenta de que hay distintas concepciones sobre la justicia, en la vida ordinaria existirán tantos conceptos acerca de lo justo y por ende de la justicia, como individuos existan y es difícil encontrar un concepto uniforme.

(745) PETROCELLI. La Antijuridicidad, p. 14. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de México, 1963.

(746) *Idem*.

Justicia la hallamos también en todas las áreas reguladoras de la conducta humana, supuestamente es en ella en quien encuentran su sustento. Empero hay que recordar que la justicia se complementa con la razón y la equidad y los órdenes legales no siempre han atendido a ello.

También hay que saber que las leyes las hacen los hombres y que cada uno de ellos, como ya he dicho, tiene un concepto muy diferente de lo que son lo justo y la justicia, que al plasmarlo en los códigos pretende adquirir un matiz de uniformidad y conformidad al pensamiento social.

La justicia jurídica se distingue porque tiende a ser distributiva, regula la igualdad y la proporción con que deben distribuirse las recompensas y los castigos. Cabe hacer mención de que nuestros ordenamientos legales solamente funcionan a base de castigos, las recompensas no existen en ellos.

En cierta forma, decir "estoy en lo justo", o "la justicia me asiste", significa afirmar "tengo derecho", "tengo razón"; sí, pero ¿en el concepto de quién?, ¿en el mío o en el del ordenamiento jurídico? La justicia para ser más justa (vélgaseme la expresión) requiere de la equidad.

Dar a cada quien lo que le corresponde, aquello a lo que se ha hecho acreedor con su comportamiento, lo que ha hecho "méritos" para recibir de acuerdo con el orden jurídico y con el cumplimiento o incumplimiento de sus deberes, corresponde a una óptima manifestación de justicia jurídica.

Para el mundo de la juridicidad será justo todo aquello que esté contenido en el ordenamiento jurídico, que dicten los principios rectores generales del Derecho o que acepte la jurisprudencia (aun cuando no lo sea) o, por lo menos, debe tender hacia la justicia. Con ello se procura un concepto común al núcleo social.

El concepto de justicia es muy amplio; más aún, cuando lo complementa la razón y la equidad inclusive puede escapar de las previsiones de la norma. Empero el juzgador posee un arbitrio judicial, a fin de lograr una perfecta manifestación de la justicia distributiva.

En ocasiones, podrá llegar a declarar que es justo y equitativo un comportamiento antijurídico, *verbi gratia* en la no exigibilidad de otra conducta, en la que a pesar de que existe la antijuridicidad, se declarará culpable al autor de una conducta ilícita.

Así debe entenderse que lo justo es aquello que el sistema jurídico ha declarado como tal, hablo del sistema y no solamente de la norma, porque ya dije que ésta puede ser injusta y que la autoridad judicial tratará de impartir justicia y equidad en sus decisiones, al finalizar el proceso de valoración.

Lo justo penal es aquello que al finalizar la relación procesal, el juzgador declarar que reúne esas características; la decisión podría parecer injusta y ser apelada, más en el momento en que cause ejecutoria quedará como justa y ya no podrá ser recurrida, por muy injusta que pareciera.

El injusto es el término opuesto a lo justo, jamás encuentra razón y sustento en la justicia ni en la equidad. Un comportamiento injusto jurídico, es también ilegal y antijurídico, sin olvidar también que puede haber injustos que no sean antijurídicos, como lo son los de las normas sociales, morales o religiosas.

Ante un ataque injusto podemos invocar la protección de la norma justificativa, que sí se basa en principios de mayoría de razón, justicia y equidad. El comportamiento justificado es a todas luces ilícito y antijurídico, aunque se hace justo y encuentra su justificación y legalidad al llenar los requisitos que prevé la ley.

Lo injusto no debe ser comparado ni mucho menos equiparado con lo antijurídico, en el entendido de que hay conductas que son justas y antijurídicas y comportamientos que son injustos, antijurídicos. El primer paso lo es la antijuridicidad, la cual será calificada de injusta al finalizar el proceso de la valoración jurídica de la autoridad judicial.

Tampoco son términos antitéticos, porque pueden coexistir en una misma conducta. Lo que sí debe quedar bien claro es que son diferentes y que lo injusto sirve para calificar a lo antijurídico, más nunca para sustituirlo o igualarlo. La conducta antijurídica será calificada como injusta cuando también sea culpable.

(d) LA LEGALIDAD Y LA ILEGALIDAD.

El término legal también se extiende a comportamientos de índole diversa a la jurídica, hay que recordar que podemos hablar de leyes naturales, físicas, morales, religiosas, jurídicas, económicas, sociales, etc. Estrictamente hablando se ha utilizado para aludir a los ordenamientos jurídicos.

Todas aquellas conductas que aducen a los requisitos que contienen las normas de explicitación jurídica de cualesquiera de los órdenes. Las hay civiles, penales, administrativas, laborales, constitucionales, fiscales, etc. y de esa manera existirán los mismo tipos de legalidades.

También los comportamientos que adquieren una regulación en el orden jurídico son legales, bien sea en los catálogos de normas o en alguna otra de las disposiciones del sistema. Lo opuesto a la legalidad ha sido llamado ilegalidad; en este sentido, hay conductas legales e ilegales.

No necesariamente un acto ilegal tiene que ser antijurídico, ilícito o injusto. En materia civil, por ejemplo, un contrato que no llena todos los requisitos de validez no es antijurídico forzosamente, porque no va en contra del ordenamiento, es más, pretende acogerse a él. Tampoco es ilícito porque el orden civil no lo prohíbe, y puede que no sea injusto.

PEIROCELLI explica: "Un acto puede ser ilegal, o sea no acorde en todo o en parte, a las condiciones fijadas por la ley para su validez, sin que por eso pueda decirse antijurídico." (747) Por ejemplo, se pide legalizar el aborto y sucede que ya está legalizado. Lo que se quiere es liberarlo, despenalizarlo o regular ciertas hipótesis.

El autor mencionado continúa: "No ha faltado en la doctrina quien haya afirmado que en semejantes casos (a los que aludí) se trata de actos propiamente ilícitos, sosteniendo, entre otras cosas, que en el campo de lo jurídico no puede existir sino el ilícito y que no puede decirse lícito un acto en el cual no hayan sido observadas todas las normas de la ley". (748)

Cuando el acto no llega a reunir todos los requisitos que le exigen para su validez y su existencia, de acuerdo a las normas jurídicas, se convierte en ilegal, aunque no en injusto, en ilícito o en antijurídico forzosamente. Si una persona actúa en forma ilegal no siempre va en contra de lo jurídico, en algunas ocasiones trata de conformar su conducta a ello.

Para que un acto jurídico pueda alcanzar la tutela del ordenamiento jurídico, necesita llenar en forma plena los requisitos que sus normas sustantivas y adjetivas exigen. Hay legalidad e ilegalidad para todas las ramas jurídicas. Pueden existir conductas ilegales, injustas e ilícitas que sean antijurídicas y eso no está en duda.

(e) LA LEGITIMIDAD Y LA ILEGITIMIDAD.

Legitimidad en el lenguaje técnico jurídico significa probar o justificar la verdad de una cosa conforme al ordenamiento positivo, habilitar; ilegitimidad será exactamente lo contrario. A lo legítimo y a lo ilegítimo también se los ha confundido con lo jurídico y lo antijurídico, por supuesto.

Antes dije que este término era usado en la jerga procesal y lo sigo sosteniendo, en parte, cuando se trata de probar la verdadera identidad de una persona conforme a la ley, que sería, por ejemplo, un requisito para presentar la querrela, lo cual puede hacerse por el ofendido o por su legítimo representante.

(747) PEIROCELLI. La Antijuridicidad, p. 16. Sostiene esto al criticar el pensamiento de BATAGLINI. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

(748) PEIROCELLI. Idem.

Acto legítimo va a significar todo aquel comportamiento que se trata de adecuar a las leyes o va se adecúa a ellas. Así vemos que al delito cuando se lo valora trata de hacérselo legítimo, lo mismo en los casos en que se presenta una hipótesis de su ausencia. Lo anterior también sucede en cualquier situación que sea controvertida.

Todo comportamiento jurídico tiene que legitimarse, o sea, probar que es ad hoc con las ordenanzas de sus disposiciones. Tanto lo jurídico, lo legítimo, lo legal y lo injusto como sus contrarios, tienen que probar o legitimarse a las disposiciones jurídicas.

(f) LO ANTIJURIDICO Y LO NO ANTIJURIDICO.

Antijurídica es la conducta que contradice las disposiciones de una norma jurídica, es ilícita y típica, además puede ser culpable e injusta, si hablamos de lo antijurídico penal. La antijuridicidad penal o elemento valorativo del delito, es la contradicción al deber ser que emana de la norma.

Tendría que decir, si quisiera encontrar un término opuesto, que a lo más puede llamarse "no antijurídico" a aquello que no llega a ser declarado antijurídico en el proceso de la valoración jurídica, si no fue amparado por una justificante. Lo justificado sigue siendo antijurídico.

No antijurídico no puede ser lícito o permitido, como se ha pretendido, lo más que podríamos decir es que fue justificado; más vale recordar que las normas justificativas siguen siendo antijurídicas, aun en su aspecto material. Empero la actuación del sujeto es justificada.

En todo caso, la ausencia del presupuesto (existencia del deber ser) será la no antijuridicidad y la presencia de una norma justificativa, la justificación, ni que la presencia de una norma justificativa es no antijurídica.

(g) LO JURIDICO Y LO NO JURIDICO.

Lo jurídico no puede ser el término contrario de lo antijurídico, habida cuenta de que será jurídico todo aquello que se encuentre regulado en el sistema; inclusive los delitos son jurídicos, recordemos que al delito se lo se le reconoce como "ente jurídico-penal". También la antijuridicidad es jurídica.

Todo lo que el sistema ha querido regular, contiene o adhiere es jurídico: Los contratos, los nacimientos, los delitos, los derechos constitucionales, las defunciones, etc. Pertenecen al orden jurídico-penal las normas prohibitivas, prescriptivas, justificativas y sancionadoras.

La única norma penal que no pertenece al ordenamiento es la norma de deber, de la que hablaré en el siguiente inciso, aunque su regulación sí que es jurídica cuando entre los aspectos negativos del delito se menciona a la "no exigibilidad de otra conducta" como anulatoria de la culpabilidad.

Digo que las normas de deber que fundamentan a la no exigibilidad de otra conducta no pertenecen al orden jurídico, porque vale recordar que los principios de éste tienen una característica esencial, que son imperativos categóricos, y la norma de deber es un imperativo hipotético.

Centremos ideas: Lo contrario a lícito es ilícito y lícito es lo que no está regulado en las normas restrictivas; se contraponen a lo legal lo ilegal y es legal todo aquello que está incluido en las normas legales y reúne sus requisitos de validez y de existencia; lo opuesto a lo justo es lo injusto y es justo lo que se encuentra fundamentado en lo jurídico, la razón y la equidad.

Una diversa idea: Legítimo es antitético a ilegítimo; ambos pertenecen al área penal y legítimo es aquello que prueba su calidad conforme a lo jurídico. Lo antijurídico en general es lo contrario a una norma jurídica, en materia penal es contrapuesto al deber ser que emana de la norma. Su punto contrario es lo no antijurídico, que es un concepto diverso a lo justificado.

Es justificado aquello que a pesar de ser contrario al deber que contiene la norma, el sistema jurídico hace justo, fundamentado en el principio del interés preponderante, porque reúne determinados requisitos de legalidad.

Como todo esto se encuentra regulado en un ordenamiento legal que forma un sistema, es jurídico y cuando se trata de demostrar su calidad de legal se convierte en legítimo. Aun las normas de deber son jurídicas, legales y legítimas, en ciertos supuestos. De ellas voy a ocuparme ahora.

(h) LAS NORMAS DE DEBER.

Podrían tenerse como límite de la antijuridicidad. Las normas de deber son justas estrictamente extralegales y fueron aportadas a la ciencia jurídico-penal por la teoría normativa de la culpabilidad que en sus orígenes fue sustentada por FRANK, (749) y que constituyen el fundamento de la causa de inculpabilidad denominada "no exigibilidad de otra conducta". (750)

A toda norma de derecho (imperativo categórico), le corresponde una norma de deber que viene a confirmar un imperativo hipotético. Se diferencian de los otros tipos de normas en que éstas funcionan con base en una hipótesis de la realidad fáctica (circunstancias concurrentes en el delito).

Vemos que existen determinadas condiciones (hipótesis), que voy a fundamentar en las "circunstancias concurrentes", en las cuales triunfa con base en un principio del interés preponderante, la norma de deber sobre la norma de Derecho, gana el estado de hecho al estado jurídico.

No hay que confundir el principio del interés preponderante que sustenta a esta causa de inculpabilidad, con aquel que le sirve de basamento a las normas justificativas; se trata en el primer caso de que triunfe la norma más importante y en el segundo, se refiere al bien jurídico.

En el principio del interés preponderante de norma del deber, hay una colisión de normas, una que impone la ley y otra que impera por las condiciones. En las normas justificativas hay una colisión de valores jurídicamente tutelados, donde triunfa el que tiene mayor interés para el área jurídica y para la sociedad.

Las normas de deber son hipótesis que no llegan a reunir las condiciones que establece la ley para justificar una conducta. Como fue el ordenamiento jurídico penal no lo previsto dentro de las normas justificativas; por estos motivos no anula la antijuridicidad del comportamiento.

Tienen la función de hace desaparecer la culpabilidad de una conducta típica y antijurídica, porque no permiten llegar al reproche. El comportamiento del hombre no es culpable, ya que no podría exigírsele que obrara conforme a la ley, puesto que en las mismas circunstancias cualquier persona habría hecho lo mismo.

El ejemplo lo tomo de los autores clásicos: Dos sujetos se encuentran en mar abierto sobre una tabla ligera que solamente soporta el peso de uno de ellos. El sujeto A empuja dolosamente al individuo B, con el fin de que se ahogue y que sea él quien tenga la oportunidad de sobrevivir.

En esta hipótesis la conducta de A es voluntaria e intencional (dolosa), típica y antijurídica, no alcanza a reunir los requisitos para ser justificada, porque los bienes jurídicos que entran en la colisión tienen idéntico valor y no pueden ser acogidos por el estado de necesidad justificante, sino por el estado de necesidad exculpante.

El comportamiento de A no puede ser justificado porque no reúne los requisitos legales de exculpación porque no llega a ser reprochable, porque está beneficiado por la no exigibilidad de otra conducta que es la norma de deber a la cual me he estado refiriendo. Será declarada la inculpabilidad de una conducta típica y antijurídica.

Estas normas de deber nos indican en que casos el deber ser jurídico-penal no se es exigible a una determinada persona, porque al momento de actuar concurren circunstancias que exculpan su actuación. Las relaciones en este apartado, porque están ligadas al deber ser y las trataré ampliamente en la inculpabilidad. (751)

(749) FRANK. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. Editorial Universitaria, S.A., Santiago, 1965.

(750) Cfr. MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad. Problema Capital del Derecho. pp. 10 y ss. Trabajo de Investigación. Concurso de Investigación Jurídico-Penal del Estado de Durango. México, 1984.

(751) *Idem*.

(152) LAS CLASES DE ANTIJURIDICIDAD.

En esencia, las clases de antijuridicidad que se reconocen depende del valor que se les quiera dar a las mismas. Si atendemos a un resultado netamente sociológico, bastará decir que existe una antijuridicidad material, que debe ser valorada mediante un proceso objetivo.

En cambio, si decimos que la antijuridicidad tiene un valor filosófico y negando la antijuridicidad material nos valemos de ella, pero le anteponeamos al autor de una conducta contraria a la norma, diremos que hay una antijuridicidad formal que debe ser valorada mediante un proceso subjetivo.

De esto se han ocupado ya diversos autores, quienes en realidad no le han brindado conclusiones que sean satisfactorias al problema, habida cuenta de que ninguna de las posiciones pretende ceder, aceptando que se han equivocado y que en realidad lo único que les hace falta es tomar los postulados correctos de cada una y corregir sus fallas.

Hablaré un poco de las diferentes clases de antijuridicidad que ha tratado la doctrina, para tratar de precisar esos conceptos tan diversos y que complican un poco la situación de entender cuál debe ser considerado como el elemento valorativo del delito.

(a) LA ANTIJURIDICIDAD FORMAL O NOMINAL.

El legislador ha querido considerar como formalmente antijurídicos, o en potencia, todos aquellos comportamientos que son descritos en las normas jurídicas a través de prohibiciones o prescripciones, y que atendiendo a su gravedad son considerados como delitos, faltas o infracciones.

Los delitos son conducta o hechos contrarios a una de las normas de naturaleza punitiva y culpables; las faltas o infracciones son comportamientos antijurídicos contrarios a las normas de un orden legal que no tengan naturaleza punitiva. En México no existe esa clasificación de delitos, crímenes, contravenciones, faltas, etc.

La base de la antijuridicidad nominal en potencia de la materia punitiva la constituye la máxima penal: *Nullum crimen nulla poena sine lege* (no hay delito, no hay pena sin ley). Es decir que no puede ser antijurídica en acto una conducta que previamente no se encuentre consignada en los catálogos legales.

Los indiferentes jurídicos, ni siquiera por similitud podrían ser tenidos como penalmente antijurídicos, por no estar clasificados en un delictotipo, aun cuando lesionen los valores fundamentales de la sociedad. No puede considerarse por analogía delito una conducta que no esté tomada como tal.

Es en el momento de conceptuar a la antijuridicidad nominal o formal, que los doctrinarios penales echan mano del procedimiento de excepción-regla y no dan un concepto negativo de la misma, diciendo que una conducta o hecho típicos son antijurídicos cuando no están amparados por una causa de justificación.

Antijuridicidad formal o nominal existe en todos los campos de lo jurídico, dentro del ramo penal esta antijuridicidad (en potencia), se desprende de la simple lectura del tipo, al atender al deber de obrar o de abstenerse que emana de la norma y al verbo regulador, tal y como deben obtenerse los cuatro elementos del delito.

Una conducta es en potencia, formal o nominalmente antijurídica cuando la consigne un tipo penal, y se convertirá en un acto antijurídico cuando lesione o ponga en peligro (contravierta o destruya) un valor jurídico amparado en la ley penal y desatendiendo el deber ser, no encuentra abrigo en una norma justificativa.

PORIE PETIT nos dice que "una conducta o hecho son formalmente antijurídicos, cuando violan una norma penal prohibitiva o prescriptiva". (752) Esta es la regla, la excepción la constituye la presencia de una norma justificativa; la antijuridicidad formal de la conducta se anula cuando aparece una justificante.

JIMENEZ DE ASUA anota: "El acto contrario al Derecho es un ataque a los intereses vitales particulares o de la colectividad, protegido por las normas jurídicas; por tanto, una lesión o riesgo de un bien jurídico". (752)

Como podemos ver, al momento en que se trata de conceptuar a la antijuridicidad formal o nominal (en potencia), los doctrinarios penales se muestran un poco confundidos y nos niegan un concepto exacto de la misma, incluyendo en sus definiciones elementos que nada tienen que ver.

POICE HEITZ nos habla de la violación de la norma penal, pero ésta se da hasta el momento en que la antijuridicidad formal o nominal llega a convertirse en acto y se transforma en antijuridicidad real o material; ya dije que la excepción-regla solamente sirve para concretar al acto antijurídico.

JIMENEZ DE ASUA alude a la lesión o al riesgo de un bien jurídico, lo cual por sí solo no es suficiente para demostrar que la conducta es antijurídica, puesto que en las justificaciones también existe el ataque al valor que encuentra amparo en las normas jurídico-penales y ese riesgo en sí, nada demuestra.

La antijuridicidad formal o nominal no puede sino ser identificada con la descripción de la conducta, que para ser incluida en los ordenamientos jurídico-penales, si que debió haber atendido a lesión, puesta en peligro, destrucción o controversia de un derecho fundamental.

La antijuridicidad formal es potencia y para que sea convertida en acto requiere de la existencia del deber ser jurídico-penal y de la contrariedad a él, sin que exista una norma justificativa que ampare la conducta típica asumida por el sujeto, con lo cual sí se ataca a un bien jurídico.

La sola lesión o puesta en peligro (ataque o controversia, también) o la violación a la norma prohibitiva o prescriptiva no son idóneas para hablar de la antijuridicidad formal o nominal, en todo caso, sería posible que aludieran a una parte de la antijuridicidad real o material.

Desde luego, para atender así la conducta debe ser incluida en los catálogos de normativas jurídico-penal, si tendrá que atenderse a la lesión, puesta en peligro, destrucción o controversia de una expresión fundamental de Derecho.

(b) LA ANTIJURIDICIDAD REAL O MATERIAL.

Existirá cuando el comportamiento desplegado por los individuos además de encontrarse regulado en el orden jurídico (antijuridicidad formal, nominal o en potencia), lesione o ponga en peligro un bien jurídico que la ley penal protege; viene a ser el primer paso para que la potencia se convierta en un acto antijurídico.

En tiempos primigenios fue esta clase de antijuridicidad la que existió primero; ciertamente, no se la conoció con ese nombre, sino hasta el momento en que la conducta desaprobada se plasmó en el ordenamiento jurídico en forma de prohibición o prescripción, es decir que la consideraron formalmente antijurídica.

La doctrina penal discrepa sobre la esencia de esta clase de antijuridicidad; las corrientes se bifurcan, unos opinan que se encuentra en el campo propio del derecho, en la lesión o puesta en peligro de un valor reconocido; otros, en cambio, piensan que esa esencia está fuera de la zona de lo jurídico.

Es lógico concluir que lo esencial de la antijuridicidad debe ser encontrado en el orden jurídico y recordar que su fundamento fue plenamente social. La esencia de la antijuridicidad es la contrariedad al deber ser que emana de la norma y su fundamento lo fueren los ataques injustos a los bienes jurídicos.

La antijuridicidad material o real atiende a los riesgos en que son colocados los bienes jurídicos desde luego; empero, esa no es la parte más trascendente de ella, sino la controversia entre la conducta que provoca esos ataques y el deber ser que emana de la normatividad jurídico-penal.

La lesión, puesta en peligro, destrucción o controversia de un valor jurídicamente amparado no es suficiente para conceptuar a ninguna clase de antijuridicidad; lo que es más, tampoco nos sirve para conceptuar al delito, puesto que él necesita de muchos aspectos más, que no quedan incluidos en esta noción.

Una conducta será considerada como materialmente antijurídica, cuando siendo típica y existiendo el deber ser jurídico-penal, sea contraria a sus prescripciones y su autor no se encuentre amparado pro una justificante legal y así, el procedimiento de excepción-regla nos sirve para concretar la antijuridicidad.

La antijuridicidad real o material es la concreción de la formal o nominal, es la forma en que podemos verificar si la potencia antijurídica queda o no convertida en acto. La conducta que únicamente se queda como formalmente antijurídica en el proceso de la valoración, no motiva el interés penal, a efectos de integrar el delito.

Recapitulando opiniones, PORTE PETIT menciona que al relacionar a la antijuridicidad formal o nominal con la real o material, pueden presentárenos las siguientes hipótesis:

- a) Antijuridicidad material sin antijuridicidad formal.
- b) Antijuridicidad formal sin antijuridicidad material.
- c) Antijuridicidad formal con antijuridicidad material.
- d) Antijuridicidad formal en pugna con la antijuridicidad material (754)

Respecto a la primera hipótesis, se ha creído que puede haber conductas que en su aspecto material sean antijurídicas sin que las regule un Código Penal. Esta opinión es por demás absurda, cómo va a decirse que atenta contra el orden jurídico una conducta que no se encuentra dentro de sus previsiones normativas?

Puede suceder, en cambio, que exista antijuridicidad formal (en potencia) y que no llegue a actualizarse (antijuridicidad material) porque exista una norma justificativa que la proteja; pero en ningún caso algún "indiferente jurídico" podría ser calificado como formal o materialmente antijurídico.

He repetido reiteradamente que la antijuridicidad material se apoya en la formal, VILALCLOS asienta que una antijuridicidad no excluye a la otra, sino que van unidas; una es la forma y la otra el contenido de la antijuridicidad. (755) Esto puede ser aplicado en el tercero de los supuestos que nos menciona PORTE PETIT.

Al hablar de la pugna entre la antijuridicidad formal o nominal y la real o material, únicamente basto decir que en esta hipótesis triunfa la antijuridicidad formal, en base a la máxima penal que postula: "Nullus crimen nulla poena sine lege scripta et stricta", que impide el interés por conductas que no estén tipificadas.

(c) LA ANTIJURIDICIDAD SUBJETIVA.

El criterio que afirma que la antijuridicidad es subjetiva, fue sostenido con firmeza primeramente por KILZ VON FERNBERG y mantiene la postura de que la esencia de lo anti-jurídico la debemos encontrar en una especie de contradicción subjetiva entre el comportamiento humano y la norma jurídica.

En ella la valoración debe extenderse al aspecto subjetivo de la conducta y así, se pretende decir que la antijuridicidad toma un sentido más real y humano, pensando que todo juicio valorativo debe enfocarse a los aspectos subjetivos.

(754) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 485. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(755) Citado por PORTE PETIT. Op. cit., p. 485-486.

Colocando el sentir del autor en primer plano, lo cual no es correcto ni aun cuando se consideren las nuevas tendencias que estiman que el dolo y la culpa salen de la culpabilidad y pasan a formar parte del elemento subjetivo-material, dejando para aquella el carácter de juicio de valoración normativa, tratan de valorar la antijuridicidad empeñados en considerar la intención del agente.

MORO piensa que el derecho es presentado por los imperativistas como una voluntad (superior) que se opone a la del sujeto, motivándola de manera tal que el acatamiento y la violación son necesariamente procesos de voluntad; la acción para ser ilícita debe provenir de un sujeto imputable y por ende culpable. (756)

PAVON VASCONCELOS no concuerda con el criterio de la antijuridicidad subjetiva y explica: "Este modo de presentar las cosas, según se aprecia, equivale a fudir, en un solo concepto, los elementos antijuridicidad y culpabilidad. No podemos en esa virtud aceptar lo antijurídico como violación del deber, pues como sostuvo MAX ERNESTO MAYER, tal concepto constituye una referencia entre el autor de la conducta (acción) y la norma, materia a tratarse en el capítulo de la culpabilidad, criterio éste seguido también por JIMÉNEZ DE ASUA cuando explica: (Lo contrario al Derecho es el proceso objetivo del que juzga; el juez compara la acción con la norma; en cambio, lo contrario al deber es lo que debe captar el agente en el momento intelectual del dolo". (757)

Para que una conducta sea declarada culpable primeramente tiene que ser antijurídica, aunque puede suceder que sea antijurídica e inculpable. Si se considera que la culpabilidad se forma con el dolo, la culpa y la preterintención, la antijuridicidad desde el punto de vista subjetivo no tiene validez, ya que la intención será valorada hasta la culpabilidad.

Si por el contrario, se piensa que el dolo, la culpa y la preterintención son parte de la conducta (como en mi concepción), tampoco cabe decir que la antijuridicidad debe valorar el aspecto subjetivo, porque éste ya se habrá valorado desde la conducta.

Si se estima que el dolo y la culpa son simplemente elementos típicos y no se los estudia ampliamente en alguno de los demás elementos constitutivos del delito, tampoco cabe hablar de la antijuridicidad subjetiva, puesto que la intención únicamente será atendida en su forma objetiva.

BEILING acertadamente dijo que "el contenido de la voluntad sólo tiene importancia para la culpabilidad". (758) Claro que él la entiende como dolo, culpa y preterintención (psicológico). Considerando la teoría finalista, el sincretismo penal y la frase de BEILING, digo que el contenido de la voluntad sólo tiene importancia en la conducta.

Las teorías de la antijuridicidad subjetiva son de carácter teleológico y sin dejar de reconocer que lo antijurídico es socialmente dañoso, hablan de una filosofía del valor y pasan al autor de la conducta al primer plano de la valoración. La base de este juicio valorativo será la antijuridicidad formal o nominal.

El postulado de darle a la antijuridicidad un valor subjetivo, ha sido adoptado por la teoría finalista de la acción, mas la valoración se hace en la culpabilidad y al realizarla hablan de una "posibilidad concreta de conocer la ilicitud de la conducta", como elemento de la culpabilidad, entendida como reproche. (759)

(756) Citado por PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, pp. 270-271. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

(757) PAVON VASCONCELOS. Op. cit. p. 271

(758) ZAFFARANI. Teoría del Delito, p. 501. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1963

(759) Cfr. MAURACH. Tercer Conferencia. Universidad del Externo de Colombia. 29 y 30 de septiembre y 1º de octubre de 1965.

(d) LA ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA.

Se traduce en la simple violación del deber que emana de la norma prohibitiva o prescriptiva, sin que en la valoración sea necesario detenerse a considerar los elementos subjetivos del delito (querer e intención). Es la valoración del aspecto externo de la conducta y se identifica con la anti-juridicidad material.

En el campo de lo penal implica valorar la conducta sin atender a la voluntad, al dolo, a la culpa a la preterintención, a los motivos, a los impulsos, a las tendencias, etc., entendiéndose que el juicio de valoración recae nada más sobre la fase material del delito, atendiendo a su contradicción con el deber ser.

No es que se intente dejar de hacer la valoración de los aspectos subjetivos del delito (querer e intención), sino que se los ha de valorar en el sitio adecuado, sea en la conducta o en la culpabilidad, dejándole a la anti-juridicidad la tarea de valorar uno de los aspectos externos del delito.

FORTE PETIT dice: "En consecuencia, la teoría de la anti-juridicidad objetiva es a nuestro juicio la única que tiene validez, pues la anti-juridicidad es independiente, autónoma de la culpabilidad. Para que exista el delito es indispensable la culpabilidad, pero ésta no lo es para la existencia de la anti-juridicidad". (760)

WELSEL afirma en forma categórica el carácter objetivo de la anti-juridicidad, dice que recae sobre la conducta en relación al orden jurídico social y tiene como base una escala general. (761) JIMENEZ DE ASUA dice que lo anti-jurídico es el proceso objetivo de ligar al acto con el estado y no es aquello que capta el dolo, sino el deber de no violar las normas. (762)

MEZGER dice que la acción es anti-jurídica en virtud de que contradice las normas objetivas de derecho. El Derecho es una ordenación objetiva de vida y lo injusto, la lesión a ese orden. Las normas de Derecho son normas objetivas de valoración; los juicios sobre diversos acontecimientos o estados desde el punto de vista del Derecho (763)

REYES expone: "La segunda teoría afirma, en cambio, que todo comportamiento que objetivamente contraste con los fines del ordenamiento legal es anti-jurídico. La naturaleza objetiva de esta posición supone, pues, que el juicio desvalorativo de la conducta se basa únicamente en su aspecto material". (764)

PAVON VASCONCELOS explica: "El criterio objetivo, por tanto, haciendo a un lado la voluntad humana, afirma la posibilidad de valorar la conducta (acción u omisión) o el hecho (conducta-resultado), en virtud de su contradicción con el orden jurídico." (765)

Para BETTIOL, la anti-juridicidad es una valoración que es hecha por la autoridad judicial respecto al carácter del comportamiento humano, relacionando el hecho y su valor, lo cual implica que debemos aceptar para realizar ese juicio de valoración un criterio que sea rigurosamente de naturaleza objetiva". (766)

(760) FORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 487. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(761) WELSEL. Derecho Penal, p. 58. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1956.

(762) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. pp. 337 a 339. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1957.

(763) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. pp. 339-340. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1946.

(764) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 205. Universidad del Externo de Colombia. Bogotá, 1984.

(765) PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, pp. 268-269. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

(766) BETTIOL. Diritto Penale. Palermo, 1945.

SOLER informa: "El juicio valorativo que lleva a afirmar la existencia de una acción ilícita es un "juicio objetivo de comparación, es decir, que en él se aprecia el hecho independientemente del activo subjetivo y de su imputabilidad". (767) FRANCO GUZMAN estima que para calificar un hecho como delito, debe prescindirse de todo "elemento subjetivo". (768)

El mismo FRANCO GUZMAN concluye: "Los que sostienen la existencia de una antijuridicidad como elemento del delito, con naturalidad objetiva, podemos aceptar que se hable de un aspecto objetivo de la ilicitud, que por consiguiente, se considera como la nota conceptual más importante del delito. Ya sobre estas bases se puede admitir que la culpabilidad sea el aspecto subjetivo de la ilicitud". (769)

VILLALOBOS propone: "La valoración de los actos es netamente objetiva: el homicidio es un desvalor jurídico o un antijurídico. Por tanto, es acertada la fórmula que declara que la antijuridicidad es la violación a las normas objetivas de valoración". (770)

REYES es de parecer de que "la teoría objetiva, por su parte es criticable en cuanto contempla apenas un aspecto externo del problema, de por sí insuficiente para explicar y comprender lo antijurídico; el acto humano sin su aspecto subjetivo es apenas una fracción del acto; además, esta tesis no llevaría a calificar como antijurídicos los actos inconscientes y los reflejos unánimemente excluidos del Derecho Penal por la doctrina y la jurisprudencia". (771)

PERNOCELLI se opone a la antijuridicidad objetiva, porque dice que la valoración del derecho está ligada al mandato jurídico, de manera que aquella constituye el contenido de éste; las funciones valorativa e imperativa se encuentran asociadas y es inútil que se pretenda construir el concepto valorativo de la antijuridicidad fuera de los términos subjetivos. (772)

La antijuridicidad valorada desde el aspecto objetivo, tiene su basamento en aquellas teorías que considerando que es un valor de origen ético-lógico, y con una marcada tendencia sociológica y atendiendo solamente al aspecto externo de la conducta, se dice que la conducta antijurídica es socialmente dañosa.

(g) LA ANTIJURIDICIDAD POTENCIAL Y ACTUAL.

Además de estas clases de antijuridicidad que he enunciado, existe otra clasificación que engloba únicamente dos especies; esta sería algo así como una codificación de la antijuridicidad atendiendo a su norma de manifestación y comprueba a la antijuridicidad potencial o actual; esto es, voy a tratar al acto y a la potencia.

Existe antijuridicidad formal o en potencia cuando la conducta se encuentra plasmada en una norma de cualquier orden jurídico, y no se materializa sino hasta el momento en que la potencia se convierte en acto antijurídico; es decir, cuando la conducta se materializa y transgrede la norma de explicitación.

En materia penal, la antijuridicidad potencial se encuentra descrita en los postulados de explicitación de las normas que describen los delitos-tipo y la antijuridicidad actual se da en el momento en que en el proceso de la valoración jurídica del delito se prueba y comprueba la existencia de la contrariedad al deber ser que enana de la norma.

(767) SOLER. Derecho Penal Argentino. Tomo I. p. 344. Buenos Aires, 1951.

(768) FRANCO GUZMAN. La Subjetividad en la Ilícitud. p. 33 Editorial Cajica. México, 1959.

(769) Idem. p. 34

(770) VILLALOBOS. Derecho Penal Mexicano, p. 251. Editorial Porrúa, S.A. México, 1960.

(771) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 207. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(772) PERNOCELLI. Pericolosità Antijuridicità. Rivista Italiana di Diritto Penitenziario. 1937.

La antijuridicidad en potencia se deja entrever de la explicación de las normas prohibitivas o prescriptivas; la antijuridicidad actual se da en la contrariedad al deber de la norma que prohíbe u ordena. Digámoslo así: La antijuridicidad se actualiza cuando además de existir una norma que prohíbe u ordena, se da una conducta típica que va en contra del deber ser que deriva de esa norma y no hay una justificación legal.

(F) MI OPINION.

Es indudable que puedan existir todas las clases de antijuridicidad que se nos ocurran a los juristas penales o a los de cualquier otra rama, porque no es un concepto exclusivo de nuestra materia. También lo es que exige una importancia capital puesto que de su esencia depende el carácter positivo del sistema.

No menos cierto es que cada una de las antijuridicidades que conceptuemos o inventemos tiene que poseer una definición bien precisa, para evitar que se nos confunda con aquella que juega el papel del elemento valorativo del delito y que pasa a ocupar el tercer lugar entre sus componentes esenciales.

El elemento valorativo del delito o antijuridicidad solamente pueda tener un aspecto material y un carácter objetivo. Su proceso de valoración jurídica atenderá a los aspectos subjetivos y objetivos; ampero, los subjetivos únicamente están en la cabeza de la persona encargada de la valoración.

Para calificar como antijurídica a una conducta típica a lo único que debemos ponerle atención es a la existencia del deber ser y a la contrariedad de la conducta asumida por el agente con esa obligación que deriva de la norma; lo demás, no nos importa en este elemento del delito, sino en el lugar que le corresponde.

En el proceso de valoración jurídica de la antijuridicidad como elemento valorativo del delito, no nos interesa la lesión, puesta en peligro, controversia o destrucción del bien jurídico, toda vez que esto ya habrá sido valorado dentro de los elementos típicos y la conducta que va a calificarse ya ha sido declarada como típica.

Algunos otros autores opinan que en la antijuridicidad debe verse si el sujeto es o no imputable, lo cual tampoco adquiere relevancia en la antijuridicidad, porque desde la conducta, al saber si fue desplegada con voluntad simple o consciente, ya sabemos si se trata de una persona capaz o incapaz.

La intención (dolo, culpa o preterintencionalidad) tampoco es uno de los aspectos que deban ser valorados en la antijuridicidad, porque en mi concepto también constituye al elemento subjetivo-material o conducta y se supone que en el elemento valorativo ya quedó integrada la conducta típica.

La consciencia de la antijuridicidad, como ha sido entendida, en el sentido de que el sujeto esté consciente de que su conducta contradice al deber ser, no importa en la antijuridicidad, ya que solamente se requiere su capacidad de comprender que es ilícita (dañina) y no que es contraria al deber o que está sancionada con pena.

El aspecto que nos interesa de la antijuridicidad como elemento valorativo del delito, es netamente objetivo, puesto que solamente requiere de la existencia del deber ser (como presupuesto) y de la contrariedad efectiva del comportamiento con ese deber, que ni siquiera se da en la lesión del bien, como se ha creído.

Cada uno de los elementos del delito está integrado con sus respectivos presupuestos y elementos y así deben ser probados y comprobados, sin olvidar que unos pueden tener injerencia en otros y que todos están relacionados entre sí, habida cuenta de que forman parte de un todo, llamado delito.

Ha hablé de los presupuestos y elementos de la conducta y de la tipicidad (elementos subjetivo-material y regulador del delito) y en ellos traté lo que los autores tradicionalistas pretenden incluir en la antijuridicidad, que únicamente está compuesta por la existencia del deber ser y la contrariedad a él.

Se entenderá que el elemento valorativo del delito o antijuridicidad puede ser definido únicamente como: La conducta típica que, verificando la existencia del deber ser jurídico-penal, es contraria a la obligación que impone la norma y para concretarla, debe atenderse a que el sujeto no encuentre amparo en alguna de las justificantes que prevé el ordenamiento.

(153) LA ANTIJURIDICIDAD ESPECIAL TIPIFICADA.

Dentro de la clasificación que se ha dado con respecto a la antijuridicidad, resalta aquella que incluye a la "antijuridicidad especial tipificada", a la cual me estoy refiriendo en un inciso específico porque representa un gran problema para nuestra materia y ninguna utilidad le reporta.

Se piensa que en algunos tipos de delito es necesario incluir en su marco de explicitación conceptual la mención de una antijuridicidad especial; así el comportamiento desplegado por el sujeto será generalmente jurídico y excepcionalmente antijurídico, ya que tendrá este último calificativo cuando se comprueba la presencia de la antijuridicidad especial tipificada.

Esta no es más que una combinación de la antijuridicidad objetiva y subjetiva, que en realidad pocos beneficios le reporta a la normatividad jurídico-penal y que en ocasiones daría lugar a la impunidad, habida cuenta de que los aspectos subjetivos son de difícil prueba en la relación procesal penal.

En ningún caso debe añadirse a las descripciones típicas una antijuridicidad especial tipificada, dado que para presumir o comprobar la antijuridicidad debe bastarnos con la violación a la norma, que desde luego debe ser objeto de una escrupulosa valoración, para corroborar la existencia del tercer elemento del delito. (773)

Esta clase de antijuridicidad no es sino un elemento subjetivo que es susceptible de valoración al cual el legislador, al no saber que era lo que podía hacer con él, lo dejó escapar de su pluma y quedó inútilmente incrustado en algunos preceptos, haciendo tautológica la definición típica de esos delitos.

Notamos la presencia de una antijuridicidad especial tipificada en aquellas normas que incluyen alguna de estas expresiones: "indebidamente", "ilícitamente", "injustificadamente", "sin derecho" u otra que tenga significado similar. Redundan en el concepto del delito y solamente hacen más difícil su concreción.

En realidad todos estos vocablos son la esencia de la antijuridicidad y sollicitarlos en un tipo legal es incorrecto porque forman parte de las maneras en que llegamos a concretar la antijuridicidad. Podría considerarlos como la descripción típica del procedimiento de excepción-regla que ha sido utilizado para conceptualizar a nuestro elemento.

La descripción típica debe circunscribirse a explicitar que conducta es antijurídica formalmente o en potencia y no cuales son los medios de los que puede valerse el sujeto o el valorador para materializar a la antijuridicidad y comprobar que ha quedado actualizada en el proceso de valoración.

JIMÉNEZ DE ASUA se opone a la existencia de esta clase de antijuridicidad y dice que la "pretendida antijuridicidad especial no es otra cosa, que un elemento normativo indebida e impoientemente incrustado en la que debió ser una descripción típica sin más alcance que el cognoscitivo y sin más propósito que el de concretizar o señalar lo injusto." (774)

(773) Respecto a la antijuridicidad especial tipificada debemos anotar que algunos autores consideran que para saber en determinados casos cuándo una conducta o hecho son antijurídicos, es necesario incrustar en el tipo la mención de una antijuridicidad específica, lo que se explica a virtud de que mientras que en la hipótesis en que la antijuridicidad no está expresamente mencionada, la realización del hecho es normalmente lícita y excepcionalmente justificada, y en la hipótesis por el contrario, de particular mención de la antijuridicidad, el hecho ejecutado debe considerarse normalmente lícito y excepcionalmente ilícito". FORTA Y PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 489. Editorial Porrúa. S. A. México, 1979.

(774) JIMÉNEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. p. 1008. Editorial La Ley, S.A., Buenos Aires, 1958

Este autor tiene la razón, las normas deben dedicarse a prohibir o a prescribir conductas concretas y nada más. Esos elementos normativos de valoración jurídica que se pretenda llamar "antijuridicidades especiales tipificadas", no son sino maneras de llegar a probar y comprobar la contradicción de la norma y toda antijuridicidad debe presuponerlos.

En la doctrina alemana, poseedora de la patente de esta antijuridicidad especial, se la denomina "elemento subjetivo de la antijuridicidad." Ya dice que la valoración del tercer elemento del delito debe prescindir de todo lo subjetivo, que ello le corresponde bien sea a la conducta, bien a la culpabilidad.

Una nota esencial es que no deben confundirse los "elementos subjetivos de la antijuridicidad" (antijuridicidad especial tipificada) con los "elementos subjetivos del injusto" (dolo específico), aunque suele identificarse a la antijuridicidad con el injusto.

En Alemania se los utiliza como "correctivos" para la valoración, habida cuenta de que se piensa que el juicio de valor no debe ser netamente objetivo, porque para evaluar al delito no hay que atender solamente a lo material sino también al carácter subjetivo del acto, para darle a la valoración un sentido más real y humano.

Así se dice que en la valoración jurídica de la antijuridicidad debe mirarse a los motivos, a los impulsos, a las tendencias, a la voluntad y a la intención, en fin a todo lo subjetivo, para valorar a la conducta antijurídica desde un punto de vista más completo y que atienda a los derechos del autor.

Yo no considero que este pensamiento sea acertado, la valoración total del delito evidentemente tiene que recaer en lo subjetivo y en lo objetivo, aunque sólo en el momento preciso; el aspecto objetivo lo valora la antijuridicidad y deja lo subjetivo para la conducta o para la culpabilidad, según la concepción que se tenga de ellas.

Creo acertado que se considere en la conducta, porque pienso que en ella debe quedar englobado todo lo subjetivo, inclusive la intención. Estos "correctivos" no son más que la mención de delitos que sólo pueden cometerse dolosamente, en concreto con dolo específico, sin que sea confundida con los elementos subjetivos del injusto.

PETROCELLI anota: "La acción es relevante desde el punto de vista jurídico penal, no en sí misma, sino por el particular propósito o fin al cual se dirige por una determinada intención que lo inspira. El ilícito se realiza con la acción mencionada factor psicológico; faltando éste, la acción es jurídicamente irrelevante o bien constituye otro tipo diverso de ilícito." (775)

En realidad estos correctivos no producen sino impunidad, dado que si no es posible probar esa determinada antijuridicidad especial desaparecerá el carácter antijurídico del acto y no podrá procederse a la sanción. O bien, teniendo en cuenta que es parte de la antijuridicidad, se le deja sin valoración específica.

Considerar a la antijuridicidad especial tipificada equivale a negar el orden lógico jurídico existente entre los elementos del delito, debido a que tendríamos que aceptar que primero nace la culpabilidad y después la antijuridicidad, si somos psicologistas o normativistas.

En cambio, si somos finalistas, la inclusión de la antijuridicidad especial en los tipos no sería más que una doble valoración de los aspectos subjetivos del delito, ya que serían evaluados primero en la conducta (en mi teoría sincrética) o en la tipicidad (para los finalistas tradicionales) y después en la antijuridicidad.

El CPF de 1931 incluye a guisa de ejemplo una antijuridicidad especial tipificada, en su artículo 362, delito-tipo de robo, que dice: "Comete el delito de robo quien se apodera de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a ley."

A mí se me ocurre decir que la antijuridicidad especial tipificada es una forma de incluir en el tipo el procedimiento de excepción-regla, porque en el ejemplo anterior, el elemento "sin consentimiento," es una forma de probar que la conducta típica no está justificada.

Sea como fuere, la antijuridicidad especial tipificada debe desecharse, porque daría lugar también a considerar que se redunda en la descripción típica del delito, toda vez de que nuestro ente presupone el ataque injusto, ilegal, ilegítimo, sin derecho, sin consentimiento, indebidamente, etc.

Por último hay que decir que si la antijuridicidad especial tipificada se presupone como uno de los elementos del tipo, su ausencia debería dar origen a una causa de atipicidad, y al presentarse ésta, ya no es necesario atender si puede o no darse la antijuridicidad.

(154) LA PRESUNCIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Nuestra práctica penal forense es algo muy gracioso (por no decir injusto), todo se le va en presumir. Todos los elementos del delito aceptan una presunción, aunque nada más en su aspecto positivo. Esa sola presunción basta para tratar a un inculcado como si fuera un animal.

Desde mucho antes de que en el proceso de la valoración jurídica del delito haya sido declarada la presencia de nuestro ente y la responsabilidad de la persona sometida a la relación procesal penal, ésta ya está sufriendo las consecuencias por haber contrariado (supuestamente) las órdenes del sistema de normatividad.

En el momento en que se da una mutación en el mundo exterior que trascienda en el campo de lo jurídico-penal, se presume ya hasta la culpabilidad del inculcado en relación con ese cambio; no les preocupa saber si en realidad fue producido con la conducta humana voluntaria o si se presenta algún aspecto negativo del delito.

Por supuesto que los aspectos negativos del delito jamás llegan a ser presumidos. En nuestra práctica penal forense impera la máxima: "Toda persona se presume culpable, aunque demuestre que es inocente y mientras convence."

(a) LAS PRESUNCIONES IURE ET DE IURE Y IURIS TANTUM.

Las presunciones jurídicas se obtienen a base de indicios relacionados entre sí y se dividen en dos grupos: A) Iuris et de iure; B) Iuris tantum.

Llámanse presunción iuris et de iure o presunción de pleno Derecho a aquella en que a base de indicios legales y materiales, por mandato expreso de la ley se presume una situación. No se destruye, aun cuando existan pruebas en contrario, es decir, que de nada vale probar y comprobar que no existió tal situación.

La legislación penal de 1931, hasta antes de sus reformas del 13 de enero de 1984, menciona en su artículo 90. al principio de culpabilidad como presunción iuris tantum y, con evidente contradicción, recalca en el mismo precepto un total de seis hipótesis en las cuales la presunción de culpabilidad era ya "iuris et de iure."

En sentido contrario, la presunción iuris tantum admite que se rindan pruebas que la desvirtúan; el inculcado puede allegar a las autoridades todas aquellos elementos probatorios que le sirvan para demostrar su desvinculación con la situación cuestionada; por ello, su traducción es "salvo prueba en contrario".

Pienso que en materia punitiva debe prevalecer esta máxima: "Toda persona es presuntivamente inocente, en tanto no se demuestre lo contrario", (presunción iuris tantum). Todos los aspectos que deban ser probados y comprobados en cuestión de delitos y de responsabilidad, tendrán que aceptar esta presunción de inocencia, si queremos hablar de un sistema penal congruente y de sentido común.

Ya lo había dicho así: "En cuanto a la antijuridicidad, no debería presumirse su existencia en tanto no se haya demostrado plenamente que existieron una conducta y una tipicidad. La conducta, a la que insistimos en

llamar "elemento subjetivo material", debe ser voluntaria, intencional, consciente y encontrar junto con los demás requisitos de explicación una conformación a un tipo legal penal. Así concluimos que la tipicidad nos permite establecer una presunción *in iuris* tantum de antijuridicidad." (776)

(b) EL TIPO COMO PRESUNCIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD.

En un importante sector de la doctrina prevalece la idea de que la norma penal (tipo) proporciona un indicio de antijuridicidad. Con el respeto que se merece esta opinión, discrepamos de ella; en todo caso el tipo proporciona únicamente una certeza de antijuridicidad formal o en potencia.

Una conducta es potencialmente antijurídica en su aspecto formal, cuando se encuentra descrita o explicada en una norma prohibitiva o prescriptiva. El tipo por sí solo no proporciona indicio alguno de antijuridicidad material, de dónde habrá salido la opinión contraria?

(c) LA TIPICIDAD COMO INDICIO DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Es correcto sostener, en cambio, que es la tipicidad, adecuación o conformidad con todos los requisitos de un tipo penal, la que nos da la cierta presencia de la antijuridicidad formal (en acto) y de la material en potencia, con tendencia a que la antijuridicidad material quede convertida en acto.

No basta la adecuación de la conducta (elemento material) al tipo para que exista la tipicidad y que esto nos proporcione un indicio de antijuridicidad (como se ha pretendido decir), es necesario que se reúnan uno a uno los requisitos típicos y que esa presunción sea corroborada con la existencia del deber ser jurídico-penal y la efectiva contradicción de la conducta con ese deber.

Al recordar que la tipicidad es el elemento inmediato anterior a la antijuridicidad dentro del orden lógico que impera entre los componentes del delito, se deja entrever la posibilidad de considerar que la tipicidad puede proporcionarnos un indicio o presunción de la antijuridicidad como tercer elemento del ente jurídico.

(155) LA FUNCIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Es este el momento de analizar la función de la antijuridicidad al hacer su aparición en el campo de lo punitivo. Para proceder a tal situación, es necesario analizar los vínculos que tiene con los restantes elementos de la infracción penal; antes de hacerlo recordaré un poco de la historia de los elementos del delito.

La tradicional doctrina italiana de la ciencia jurídico-penal reconoció que el delito era un ente bitónico, comprendiendo en él un elemento objetivo y otro subjetivo. Se aceptaba así que el delito era en un aspecto material y en otro espiritual: Conducta y culpabilidad.

Nuestro Código Penal de 1931, aún vigente aunque parezca extraño, adoptó tardíamente esa bipartición, sólo que cambió los elementos y en su artículo 7o. nos dice: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales", reconociendo que el delito se compone de conducta y punibilidad.

En el año de 1871, el eminente maestro de Pisa, CARRARA, dejó sentir en sus pensamientos la necesidad de agregar al delito un elemento más y así manifestó que "el delito es un ente jurídico que tiene necesidad para existir de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales, el conjunto de los cuales constituye su unidad, pero lo que completa su ser es la contradicción de aquellos elementos con la ley jurídica". (777)

A partir de entonces, la mayor parte de los tratadistas italianos, siguiendo la posición de su tan ilustre compatriota, ha reconocido que el delito es un ente jurídico tritónico, que comprende: Una conducta, una antijuridicidad y una culpabilidad; tres elementos que conservan ese orden.

(776) MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad. Problema Capital del Derecho, p. 53. Trabajo de Investigación. Concurso de Investigación Jurídico-Penal del Estado de Durango., México, 1984.

(777) CARRARA. Citado por PETROCELLI. La Antijuridicidad, p. 12. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de México, 1963.

Al lado de los elementos objetivo y subjetivo, se erige del delito llamado antijuridicidad. Recordemos que actualmente algunos autores le niegan su carácter de elemento del delito, aludiendo a que no puede serlo porque es su propia esencia. Mas nosotros ya sabemos que elemento significa precisamente eso: Parte de la esencia del delito.

Reconozco que al lado de estos tres elementos existe uno más en el delito, la llamada tipicidad, elemento esencial general regulador del que la antijuridicidad precisa su previa existencia para florecer. Hay que hacer mención al principio de legalidad al cual puede serle agregada la línea: *Nulla crimen sine tipicidad.*

Esto se traduce en el hecho de que no podremos hablar de la antijuridicidad si previamente no ha existido una conducta típica. La relación de los cuatro elementos del delito se patentiza, voy a proceder a explicarla.

(a) LA ANTIJURIDICIDAD Y SU RELACION CON LA CONDUCTA.

La conducta es el motor central del delito, en la actualidad no se concibe que exista el ente jurídico si no es producto de una actividad o inactividad voluntaria y humana. Afortunadamente ya hemos superado la etapa del inconcebible castigo a las bestias y a las cosas.

Tradicionalmente, los tratadistas penales han reconocido a la conducta como el elemento objetivo o material del delito. No quiero decir que esta concepción sea errada, válida hace tiempo; en la actualidad, las nuevas tendencias doctrinales, al hablar de una acción finalista, incluyen dentro de la conducta lo que antes fue considerado como elemento subjetivo del delito (culpabilidad), a saber: El dolo, la culpa y la preterintención.

Yo estoy de acuerdo con esta nueva concepción, puesto que pienso que no se puede hablar de una conducta voluntaria y completa apartando la intención. La conducta completa en sí misma lleva la intención directa, indirecta o mixta (dolo, culpa o preterintencionalidad).

De acuerdo con esto, no resulta equivocado concluir que la denominación de la conducta debe variar y de ser elemento objetivo material (término que además es redundante, puesto que lo material es objetivo), pasará a ser elemento subjetivo-material.

Me parece correcto que en la conducta se comprenda también la capacidad de querer, que antes era la imputabilidad, ya que la conducta humana voluntaria final debe ser querida y entendida. Que la imputabilidad sea entendida como capacidad de querer y entender y queda dentro de los elementos de la conducta.

La conducta adquiere gran relevancia en el juicio de la valoración del delito; para valorar la contrariedad a la norma (antijuridicidad), debe atenderse al comportamiento humano voluntario que la produce. Solamente puede llamarse antijurídica la conducta, el resultado no se precisa en esta valoración.

PETROCELLI así lo acuerda: "Veremos enseguida cómo el solo objeto verdadero del calificativo de antijuridicidad es la acción, y cómo no puede sino referirse impropriamente al hecho, en su conjunto, al resultado y a los efectos derivados de la acción." (778)

La valoración jurídica se avoca a la conducta que contraría al deber ser de la norma, como acción u omisión voluntaria de un sujeto capaz y típica. Entiéndase que no digo que en la antijuridicidad se valoren las cualidades de la conducta, esto ya debe haberse hecho previamente.

No podemos decir que el hecho deba valorarse en el juicio de la antijuridicidad, no es que no nos importen las consecuencias materiales que con la conducta se produzcan, sino que en la valoración debe atenderse no a lo producido, sino al productor.

Vamos a observar que podría producirse un hecho antijurídico, verbi gratia a muerte, como consecuencia de un fenómeno natura, un rayo. Evidentemente tal situación es contraria a las normas jurídicas, mas como no puede atribuirse a una conducta humana voluntaria, la contrariedad no es desaprobada (lo cual constituye el fin último de la antijuridicidad).

Solamente a la voluntad humana puede serle desaprobada la contrariedad al deber ser que contiene el imperativo categórico. La juridicidad es el marco rector de la conducta social humana, no actúa con ese carácter en el comportamiento de la naturaleza o de los animales, que no es moldeable con la normatividad.

Recordemos que un resultado que es producto de un mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna (como define el Código Penal de 1931 al caso fortuito), no da lugar a que sea integrada una conducta, al faltar la intención de producir los resultados y no podrá ser calificado como antijurídico. (779)

Las normas jurídico-penales prohibitivas o prescriptivas son reguladoras de la conducta en sociedad de los individuos, la relación existente entre estas normas la voluntad de la ley, es la única que podrá ser tachada como antijurídica; lo jurídico prescinde de toda relación natural entre el hecho y los valores fundamentales que le han sido confiados para su tutela.

BETTIOL discrepa con estas afirmaciones. Al examinar la obediencia jerárquica o debida como causal de licitud o justificación, piensa que en estos casos el carácter antijurídico de la acción se encuentra determinado con la antijuridicidad del resultado, importando poco la de la conducta.

El autor italiano explica que "la acción por sí misma no tiene, en el campo del Derecho Penal, una relevancia jurídica porque adquiere esta relevancia, sea positiva o negativa, sólo por el resultado llevado a cabo por el sujeto activo". (780)

Con todo respeto, voy a contradecir a este descollante autor; en primer lugar, la obediencia a un mandato superior no siempre va a funcionar como una causa de justificación, únicamente lo será cuando la orden sea ilícita y el inferior jerárquico, conociendo o no su ilicitud, no tenga poder de inspección.

Si la obediencia debida es considerada como justificante y ha cubierto los requisitos que ordena la ley, no se atenderá a la antijuridicidad o no antijuridicidad del resultado, sino del mandato y asimismo deberá hacerse en todos los demás casos y ello nos sirve para considerarla como ausencia de conducta, justificante, exculpante o indiferente jurídico.

Si es causal de inculpabilidad, porque existe una no exigibilidad de otra conducta, desde luego que al comportamiento ya se lo habrá calificado como antijurídico y se atenderá a si era o no exigible una acción u omisión que se conformaran a lo jurídico. Evidentemente, la antijuridicidad y la culpabilidad atienden a la manera de actuar.

Ya expliqué que no es que al ordenamiento jurídico no le importen los resultados que producen una conducta típica al momento de proceder a la valoración de la antijuridicidad, mas cabe aclarar que su normatividad regula el comportamiento del hombre en sociedad y no los resultados que con él puedan ser producidos.

Hay ocasiones en que el resultado si es muy trascendente y junto con la conducta se encuentra regulado en la norma. De todo lo anterior, se deja entrever que la relación entre la conducta (elemento subjetivo-material) y la antijuridicidad (elemento valorativo) es evidente y según yo no requiere de mayor explicación.

(778) PETROCELLI. *La Antijuridicidad*, p. 13. Facultad de Derecho. Universidad Autónoma de México, 1963. Explicación a la nota de pie de página 4.

(779) SUPRA.

(780) BETTIOL. Citado por PETROCELLI. Op. cit. p. 7.

(b) LA ANTIJURIDICIDAD Y SU RELACION CON LA TIPICIDAD.

El aforismo penal *Nullum crimen nulla poena sine lege scripta et stricta* es la base de la antijuridicidad formal o en potencia, dado que nunca podrá considerarse como formalmente antijurídica una conducta que no se haya explicitado en una norma de deber ser, contenida en una ley.

Todas las normas reguladoras de la conducta humana, sean prescriptivas, prohibitiva o justificativas, en estricto lenguaje jurídico se llaman tipos. Ciertamente a que el fundamento de un tipo penal además de ser explicativa es descriptiva y dentro de esas descripciones se halla a la antijuridicidad.

Solamente puede llegar a ser antijurídica una conducta que se explique en un tipo penal legal, bien sea en forma de prohibición o de prescripción. El tipo no es sino descriptor de conductas, además de contener explicaciones relacionadas con el comportamiento posee otro tipo de elementos de los que ya hablé.

Para que pueda llamarse típica una conducta, precisa de que además de la aducción de la conducta a su descripción, haya una total conformidad con todos los demás requisitos típicos. La conformidad de la conducta al tipo es importante, aunque sólo forma una pequeña porción de tipicidad.

Ahora bien, después de haber calificado como típica a la conducta, tenemos que continuar con la valoración para poder añadirle un calificativo más: El de antijurídica. Atendiendo al orden lógico que impara entre los elementos del delito, primero es el elemento subjetivo-material, después el regulador y luego el valorativo.

Al iniciar el proceso de la valoración jurídico-penal tenemos que verificar que exista el elemento subjetivo-material con su presupuesto y sus elementos, para integrar una conducta completa, a la cual habrá de calificárela como típica, antijurídica y culpable, descollando el calificativo de la antijuridicidad.

La conducta típica será declarada como antijurídica (si se probó la existencia del deber ser y la efectiva contradicción de la conducta con él), no antijurídica (si no se probó alguno de esos dos componentes), o bien, justificada (si alguna norma justificativa beneficia al sujeto activo), al finalizar esta valoración.

Así, al término de la tercera etapa de la valoración jurídica del delito, tendremos que haber probado y comprobado la presencia de una conducta típica antijurídica, para proceder a la culpabilidad. Si no lo pudimos lograr, declararemos la inexistencia del delito, aludiendo a la causa que lo anula.

(d) LA ANTIJURIDICIDAD Y SU RELACION CON LA CULPABILIDAD.

Si decimos que entre los elementos del delito existe un orden lógico, es evidente concluir que la ausencia del inmediato anterior impide el nacimiento del inmediato posterior. Concretamente el delito es una cadena compuesta por cuatro eslabones: Conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En el momento de proceder al juicio de reproche (concepción moderna de la culpabilidad), la autoridad judicial tiene que verificar que no se haya presentado antes una hipótesis de ausencia de conducta, una causa de atipicidad, una no antijuridicidad o una justificación, que impedirían la valoración de la culpabilidad.

Después deberá encargarse de integrar los elementos de la culpabilidad o elemento normativo, que son: El ejercicio de la libertad al actuar, la exigibilidad y la reprochabilidad; posteriormente, comprobará la responsabilidad y como colofón declarará responsable al autor de una conducta típica, antijurídica y culpable.

En la relación entre la conducta y la tipicidad, notamos que la segunda necesita de la primera para existir; entre tipicidad y antijuridicidad, ésta última precisa de las otras dos para tener vida; en relación con la antijuridicidad y la culpabilidad, el proceso se invierte y es la culpabilidad la que no puede aparecer sin la antijuridicidad.

Al analizar el orden lógico que debe imperar entre los elementos del delito, advertimos que se da una situación muy curiosa: El inmediato anterior se convierte en el presupuesto del inmediato posterior; es decir, que no puede existir el consecuente si no se ha dado el antecedente.

La conducta es presupuesto de la tipicidad; ésta lo es de la antijuridicidad y ésta lo será de la culpabilidad; desde luego que estas afirmaciones son en sentido figurado, porque no podríamos calificarlas primero como elementos y después como presupuestos, aunque en su calidad de elementos, todas son presupuestos del delito.

Recordamos que presupuesto quiere decir precisamente eso: Requisitos previos, necesarios para que la consecuencia pueda existir. En realidad, todo lo que esté antes de cualquier elemento del delito forma parte de sus presupuestos, ya que si no se ha presentado con anterioridad, el elemento no podría existir.

Así como cada uno de los elementos tiene un presupuesto y sin él no puede nacer, de la misma manera cada elemento anterior se va haciendo presupuesto del posterior y todos ellos lo serán del delito, así como la existencia del ente jurídico lo será de la responsabilidad y ésta de la sanción.

Podría esquematizarse así esta cuestión:

CONDUCTA + TIPICIDAD.
CONDUCTA + TIPICIDAD + ANTIJURIDICIDAD.
CONDUCTA + TIPICIDAD + ANTIJURIDICIDAD + CULPABILIDAD = DELITO.
DELITO + RESPONSABILIDAD = SANCIONES.
CONDUCTA + TIPICIDAD + ANTIJURIDICIDAD + CULPABILIDAD + RESPONSABILIDAD = SANCIONES.

(e) LA ANTIJURIDICIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA PENA.

Es muy interesante que analicemos la situación de que la antijuridicidad o elemento valorativo del delito pudiera llegar a ser considerada como el fundamento de la pena (sanciones penales), por aquello de que lo mismo se ha dicho del elemento normativo o culpabilidad.

En el momento en que estaba analizando mi pequeña bibliografía me di cuenta de que ya antes los autores habían pensado en esta relación, aunque a la inversa; se tiene como cierto que la punibilidad cumple con el cometido de fundamentar la aparición de a antijuridicidad o elemento esencial general valorativo.

Primero hay que hacer una diferencia tajante entre punibilidad y pena. La punibilidad es la abstracción de las sanciones, que se encuentra en una norma penal y forma parte del delito-tipo; vamos a considerarla como la coacción o amenaza que tiende a evitar las conductas antijurídicas: Si haces esto, yo te haré esto.

La pena es la concreción de esa amenaza y va a ser aplicada como consecuencia de que se integren el delito y la responsabilidad; parece más adecuado llamarla sanción, para englobar sus dos modalidades: Pena y medida de tratamiento especializado. Se explicaría así: Hiciste esto, bueno pues te toca esto. Algunos la llaman punición.

Algo que sí tienen en común, es que ni la punibilidad ni la sanción son elementos del delito, sino las consecuencias que se originan cuando el ente queda integrado en el mundo jurídico-penal y además ha sido comprobada la responsabilidad.

KITZINGER, al explicar la antijuridicidad (para él ilicitud penal), encuentra que se liga y fundamenta con la punibilidad y dice que "si bien esta ilicitud no es creada por ningún precepto jurídico explícitamente concluyente; sólo es creada por y con la punibilidad y lejos de ir en contra de ella o ser independiente de ella, le estará ligada siempre del modo más estrecho, de modo que es cubierta por ella y pierde toda pretensión de una significación autónoma". (781)

(781) La cita la hace GRAF ZU DONNA, al criticar el pensamiento de KITZINGER. *La Ilicitud*, pp. 12 y ss. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1959.

Con esta afirmación, el autor llega a sostener que cada vez que desaparece la punibilidad ocurre lo mismo con la antijuridicidad. Como está que ambas se encuentran íntimamente ligadas, resulta que el elemento valorativo del delito carece de autonomía y que a la falta de punibilidad la sigue irremediablemente la carencia de antijuridicidad.

Si no es aplicada una pena, la conducta pierde su carácter de antijurídica; es decir que si no se concreta la punibilidad es porque la conducta no es antijurídica, simplemente.

En realidad, la tesis de KITZINGER resulta insostenible, porque entonces habría de concluirse que en aquellos tipos en donde aparece una condición objetiva de punibilidad se está condicionando también a la antijuridicidad y que en los casos en que se presente una excusa absolutoria, ésta deberá entenderse como un aspecto negativo de la antijuridicidad y no de la punibilidad.

Para desvirtuar la postura de KITZINGER, DOÑA expone con agudo ingenio: "Suponiendo sin conceder que, en el terreno de lo jurídico-penal, las zonas de la ilicitud y de la punibilidad coinciden realmente, las condiciones expuestas en su página 85 debieran llevar al autor a la tesis de que el motivo de la punibilidad es la ilicitud y no viceversa. Una acción no es ilícita porque es punible, sino que se la pena porque es ilícita". (782)

El mismo KITZINGER dice también que "cuando la ilicitud es elevada a la categoría de elemento del tipo delictivo de la ley, entonces actúa como presupuesto de la punibilidad". (783) Evidentemente que aquí se está refiriendo a la antijuridicidad especial tipificada.

Resulta que nuestro autor volvió a fallar debido a que si la antijuridicidad es una de las exigencias del tipo, en todo caso actuaría como presupuesto de la tipicidad y su ausencia originaría una atipicidad; al apartarse el aspecto negativo de la tipicidad no puede existir el delito y ¿para qué mirar si la conducta puede ser antijurídica?

Voy a explicar mi pensamiento con la mayor sencillez: A un comportamiento antijurídico no le sigue inmediatamente una sanción y es más, hay ocasiones en que las conductas antijurídicas no son sancionadas. Es preciso que antes de que sea impuesta la punición, el autor sea declarado culpable y responsable.

De elemento a elemento, hay una relación indisoluble, si existe la conducta podemos pasar a la tipicidad; si ésta se cubre, debemos verificar que la conducta típica sea antijurídica y al serlo podrá valorarse la culpabilidad. Después de esto se procede a valorar la responsabilidad y entonces sí, a sancionar al responsable de una conducta típica, antijurídica y culpable.

No me gustan los esquemas que huelen a lógica o a matemática, aunque en este caso facilitarían la comprensión de la sistemática que debo ser seguida en el momento de realizar la valoración jurídica del delito y de la responsabilidad.

DELITO = CONDUCTA + TIPICIDAD + ANTIJURIDICIDAD + CULPABILIDAD + RESPONSABILIDAD = SANCION.
CONDUCTA + TIPICIDAD = CONDUCTA TÍPICA + ANTIJURIDICIDAD = CONDUCTA TÍPICA ANTIJURIDICA + CULPABILIDAD = CONDUCTA TÍPICA ANTIJURIDICA CULPABLE = DELITO + RESPONSABILIDAD = SANCION.
DELITO + RESPONSABILIDAD = SANCION.
DELITO = CONDUCTA TÍPICA ANTIJURIDICA CULPABLE + RESPONSABILIDAD = SANCION.

Generalmente, cuando hay delito se aplica una sanción (pena o medida de tratamiento especializado); si también quedó comprobada la responsabilidad; excepcionalmente esto no ocurre, si no quedó comprobada la responsabilidad o existe una excusa absolutoria de sanción. Las sanciones son la consecuencia punitiva del delito.

(782) GRAF ZU DOÑA. La Ilícitud, pp. 14 y 15. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1959.

(783) KITZINGER. Cit. por DOÑA. Op. cit. p. 14.

No podrá aplicarse una sanción si previamente no fueron comprobados el delito y la responsabilidad. El delito es la suma de la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; si desaparece uno solo de los sumandos, el delito como suma no podrá aparecer. De aquí resulta que todos los elementos del delito y la responsabilidad son presupuestos de la sanción.

De acuerdo con esto, las consecuencias que deja sentir la antijuridicidad al hacer su aparición en el ámbito jurídico-penal son fáciles de entender. Hubo una conducta, que además de ser típica fue declarada antijurídica, el siguiente paso será verificar que también es culpable.

La aparición de la antijuridicidad abre la puerta hacia el camino del juicio de reprochabilidad. Así notamos que cuando en el juicio de valoración del delito se declara antijurídico un comportamiento, lo que sigue es el procedimiento de valoración de la reprochabilidad (elemento normativo del delito o culpabilidad).

(156) LA CONCRECIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Hasta ahora hemos hablado de lo que podría considerarse que es una presunción de antijuridicidad, me resta decir solamente en qué momento, cómo y quién concreta al elemento valorativo del delito o antijuridicidad.

Como ya dije, no basta la presencia de la antijuridicidad formal o en potencia y de un acto materialmente antijurídico, para decir que se ha concretado el elemento valorativo del delito. Para poder decir que la antijuridicidad como elemento del ente jurídico-penal existe, es necesario proceder a un juicio de valoración.

En realidad, toda la esencia del delito desde un plano jurídico-penal descansa en los juicios de valoración, en ellos son sopesadas las consecuencias del comportamiento humano, en los mundos jurídico y material, para llegar a determinar si el delito existió realmente en el mundo jurídico-penal.

Voy a decir, en sentido figurado, que la aparición de todos y cada uno de los elementos del delito, en su aspecto positivo, es el requisito de validez jurídica. Tal y como se hace, por ejemplo en los contratos, debe verificarse que se dan todos los elementos del ente jurídico-penal y que pueda llegar a ser declarada su existencia y originar las consecuencias previstas en las normas.

La antijuridicidad, para concretarse, necesita cifrarse a los principios de legalidad que postula el orden jurídico. Desde el momento en que se materializa el comportamiento que contraría a la norma jurídico-penal, surge una antijuridicidad del mismo orden (en su aspecto material), y a partir de este instante se presume que la conducta típica es antijurídica.

Eso sucede aun cuando pudiera parecer injusto, ya que el sujeto empieza a sufrir las consecuencias por hacer contrariando las órdenes del sistema jurídico. En el juicio de valoración se va analizando la existencia de la conducta, la conformidad a todos los requisitos del tipo penal y debe ser concretada la antijuridicidad.

¿Cómo es que se va a concretar la antijuridicidad?, pues nada más y nada menos que con el "procedimiento de excepción-regla que habíamos dejado pendiente de explicar. En el juicio de valoración no basta con la contrariedad al deber ser, se precisa además de que se compruebe que el sujeto no sea beneficiado con una justificante.

Poco o nada he dicho, voy a darme a entender: El procedimiento de excepción-regla, marca que una conducta es antijurídica cuando a más de ser típica no encuentra abrigo en una justificante. Pues bien, he allí la forma de concretar la antijuridicidad: Se verifica que exista una conducta humana que con todas sus cualidades y requisitos colme un tipo legal y que se compruebe que sea un acto formal y materialmente antijurídico y lo será cuando no concurra el aspecto negativo de la antijuridicidad: Las normas justificativas de las que ya hablaremos.

(a) EL JUICIO DE VALOR OBJETIVO.

La naturaleza de la valoración depende en gran medida del criterio que se adopte en el momento de conceptualarla. Vista desde un plano netamente objetivo, la antijuridicidad en la valoración va a quedar alejada de toda interferencia de valores subjetivos, inclusive va a apartarse de la antijuridicidad especial tipificada.

El fin último del juicio de valoración objetivo, es el de comprobar la contradicción existente entre la conducta y los valores tutelados por la norma, reservando el comportamiento desde una mira puramente objetiva, apartando de él todo aquello que sea subjetivo y que pudiera cualificarlo.

La antijuridicidad objetiva, con marcadas tendencias sociológicas utiliza un solo postulado: lo antijurídico es lo socialmente dañoso, y con un sustento etológico trata de valorar lo que produjo la conducta, observando si es o no contraria a los postulados de la normatividad jurídica.

(b) EL JUICIO DE VALOR SUBJETIVO.

Cuando se entiende que la antijuridicidad tiene un carácter teleológico, la valoración será hecha desde un punto de vista subjetivo y formalmente tendrémos que echar mano de la filosofía del valor. En esta postura resalta la antijuridicidad formal, que es la conducta contraria a las normas del Estado.

Desciella el pensamiento de la Escuela Sudoccidental del Alemania, que dice que el Derecho tiene por objeto el conocimiento de la realidad referida a valores. La referencia de valores se encarga de conservar el status quo de la sociedad, atendiendo a la protección de los intereses fundamentales del núcleo.

El juicio de valoración subjetivo no considera el aspecto subjetivo del delito, esto se deja para la conducta o para la culpabilidad, sino que se dedica a proteger valores que merecen su consideración y así por medio de este juicio, el legislador codifica las conductas que han de ser consideradas como potencialmente antijurídicas.

Para ZAFFARONI, el juicio de valoración de la antijuridicidad no es tal, tiene un sentido objetivo cuando lo realiza el juzgador y un sentido subjetivo si lo hace el legislador; esta base se desprende de las siguientes líneas, que tratan de explicar los dos ángulos desde los cuales el autor ve a la antijuridicidad objetiva:

"a) En rigor, la antijuridicidad de una concreta, se determina conforme al juicio fáctico y no valorativo; el juicio subjetivo (valorativo) viene hecho por la ley y el juez se limita a concretarlo con la comprobación de la ausencia de justificación (tipo permisivo). El juzgador realiza un juicio objetivo (fáctico); el legislador realizó un juicio subjetivo (valorativo). b) La antijuridicidad es objetiva porque no toma en cuenta la posibilidad del sujeto para realizar la conducta (lo que pertenece a la culpabilidad)." (784)

En parte estoy de acuerdo, en parte no; la valoración de la antijuridicidad que hace el legislador es objetivo-subjetiva, atiende a la realidad fáctica y a la valoración social de la conducta. Lo mismo se dice de lo que hace el juzgador, se realiza sobre el aspecto material de la conducta (objetiva) y es subjetiva porque al momento de valorarla entra en juego su arbitrio al verificar que no hay el seguro de una justificante (aspecto material), mediante el procedimiento de excepción-regla. Únicamente recae sobre la mutación de la conducta que trasciende en el mundo fáctico y jurídico, sin atender al sentir del autor.

El juicio de valoración que realiza la autoridad judicial es valorativo y no sólo fáctico como pretende ZAFFARONI, si no cómo es que se realiza el procedimiento de excepción-regla? Tenemos que concluir que en todo juicio concurren el aspecto objetivo y subjetivo, atendiendo al procedimiento de la valoración y no al objeto a valorar. en el juicio de evaluación de la antijuridicidad entran en juego además diferentes factores. Veamos.

(c) LAS OTRAS BASES PARA LA VALORACION.

BINDIG recalca la importancia que tenía la norma en el momento de proceder a valorar la antijuridicidad. De ordinario se había reconocido que lo antijurídico era lo contrario a la ley. (785) El autor pensó que cuando existía un delito no había contrariedad a una ley, sino que el delito era un ente jurídico que se ajustaba a la legislación.

(784) ZAFFARONI. Teoría del Delito, p. 453. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1963

(785) CARRARA definía así al delito: "Infracción de la Ley del Estado..."

BINDING dijo: "No se vulnera la ley, pero se quebranta algo especial para la convivencia y el ordenamiento jurídico." (786) Esto ya lo había notado y dijo que lo anti-jurídico era lo contrario a una norma jurídica y que no dejaba de ser jurídico, porque era reconocido en un catálogo de normatividad de esta especie.

A BINDING le pareció que era más acertado decir "normwidrigkeit", que sería lo contrario a las normas y olvidarnos para siempre de la anti-juridicidad. Con absoluto respeto discrepo de esta opinión, debemos conservar el término anti-jurídico para marcar que la contrariedad es a una norma jurídica.

Cabe recordar que existen otros tipos de normas y la expresión "normwidrigkeit" que propone BINDING resultaría vaga al no poder precisar si la norma que se contraría es social, moral, religiosa o jurídica. Con esto se reafirma mi pensamiento de considerar que los juristas adoptan una marcada tendencia de propiedad exclusivista.

GRAF ZU DORNA decía que la valoración debe realizarse sobre la norma y el Derecho justo y hablaba de la conducta injusta, al referirse a la anti-juridicidad. Para él, nuestro elemento se traduce en un comportamiento injusto. Las normas de Derecho representan el medio justo para la consecución de un fin justo. (787)

La tesis de DORNA se rebate con una afirmación que ya había anotado: El orden jurídico (Derecho) no siempre es el medio justo para conseguir un fin justo, si lo fuera ¿por qué habría de incluir den su normatividad a las justificantes? Indudablemente que con el ordenamiento se pretende lograr la justicia.

Para VON LISZT, la valoración descansa sobre la norma y la sociedad; llegó a tratar a las conductas socialmente danosas. Desarrolló su teoría con base en la "gesellschaftswidrigkeit." Dijo: "La anti-juridicidad material significa una conducta contraria a la sociedad y por eso será conforme a la norma toda conducta que responda a los fines de orden público y por tanto a la misma convivencia humana." (788)

Ya había anotado esto también, el orden jurídico protege los valores de la sociedad y del hombre como ente individual, a fin de preservar el statu quo del grupo. Recuérdese que hablé de las conducta antisociales que lo jurídico no considera entre sus restricciones y que por lo tanto, no pueden ser calificadas como anti-jurídicas.

La "kulturwidrigkeit" fue defendida apasionadamente por MAX E. MAYER, desde este momento que cuente con mi ayuda. Hace descansar la valoración de la anti-juridicidad sobre una norma de cultura. Dice, acertadamente, que los ordenamientos jurídicos toman su sustento de la cultura y que la infracción a esas normas da pie para hablar de lo anti-jurídico.

Nos explica MAYER que "las normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés." (789) Será anti-jurídica la conducta que va en contra de las normas de cultura que prevaleció el Estado en su conjunto de leyes jurídicas que forma el sistema.

Se avocan a defender esta tesis distinguidos doctrinarios alemanes, como SAUER y MEZGER, modificando solamente en una pequesísima parte los postulados originales de MAYER. Como ya dije, me parece que esta postura es la más adecuada, para que la adoptemos como la base de la valoración de lo anti-jurídico.

JIMENEZ DE ASUA también lo consideró así y trató de encontrar el origen de esta tendencia en el pensamiento de GAROFALO, cuando definió al delito como: "El ataque a los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida media en que un grupo social concreto los posee." (790)

(786) BINDING. Citado por JIMENEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*, p. 269. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(787) DORNA. *Cir. La Ilícitud*. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1959.

(788) VON LISZT. Citado por JIMENEZ DE ASUA. *Op. cit.* p. 275 y ss.

(789) MAYER. Citado por JIMENEZ DE ASUA. *Op. cit.* p. 275 y ss.

(790) *Cir.* JIMENEZ DE ASUA. *Op. cit.* p. 276.

Recuérdese que también esto ya lo había vislumbrado cuando comencé a dar mi tesis. Primero existe el delito como fenómeno natural (aunque no reciba este nombre), y después en el orden legal. Es primero la antijuridicidad material en acto (sin ese carácter) y posteriormente, se la formaliza incluyéndola en la norma jurídica.

De acuerdo con la evolución ética del hombre (que no es sino cultura), el concepto del delito va a cambiar y existirán nuevas conductas a las que se las considere delictivas y algunas de las antiguas serán rechazadas. Este fenómeno de tipificación y destipificación suele hacerse a menudo.

La norma de cultura es la esencia del juicio de valoración de la antijuridicidad porque es la más completa; atiende a los aspectos que mencionaron BINDING, GRAY Y DOLAN y VON LISZT; es el complemento de todas las demás teorías, porque eso es la cultura: La suma de todos los aspectos sociales.

Se trató de refutar la tesis de MAYER, BINDING, FISCHER, SOLER y GONZALEZ LOPEZ, entre otros, dijeron con un evidente carácter de propiedad legal y sin muy buen éxito, que una norma de cultura nada tiene que hacer en el orden jurídico.

Hay que recordarlos que no es que la norma de cultura se entrometa en el ordenamiento legal, sino que nada más y nada menos es su fundamento; sin la cultura el sistema jurídico no existiría. Sin cultura no hay juridicidad, porque lo jurídico forma parte de nuestra cultura. Las codificaciones legales no son sino el reflejo de la cultura de los pueblos.

(d) LAS REGLAS PARA LA VALORACION.

En primer término, debe saberse que hay dos clases de valoración para la antijuridicidad; con base en ellas desarrollaré este punto. La primera la realiza el legislador y consiste en buscar y rebuscar de entre el conjunto de conductas socialmente dañosas aquellas que atacan los valores fundamentales del grupo.

Posteriormente, las plasmará en forma de normatividad prohibitiva o prescriptiva en el ordenamiento jurídico-penal, si es éste el último recurso que le queda para proteger eficazmente esos bienes. Esta no es una tarea fácil, ya que cuando la lleva a cabo se enfrenta con serios problemas, que la mayoría de las veces perjudican a la sociedad.

En México vivimos esta situación cada vez que se pretende dar a conocer un nuevo Proyecto de Código Penal, cuando se intenta realizar el proceso de tipificación y destipificación; es decir, que se quieren desaparecer del catálogo de conducta punitivas ciertas figuras y crear otras que son necesarias.

Al darlo a conocer el articulado del proyecto que elaboró el INACIPE en el año de 1983, por ejemplo, las protestas no se hicieron esperar, distintos sectores del grupo social, no muy culturizados por cierto, se encargaron de criticar ferocemente y sin bases las propuestas y la consecuencia fue funesta.

En 1988, sigue en vigor un Código Penal con más de treinta y cinco años de vida, puesto que data de 1931, que es obsoleto y carente de técnica jurídica, por dondequiera que se lo mira. Del original, sólo queda el número y sexenio a sexenio le añaden más parches que no concuerdan con la esencia de la postura que pretendió seguir.

El problema es patente, la sociedad en el aspecto cultural no evoluciona a la par y nos encontramos tristemente con muchos noéfitos; pero lo que más duele es que parte de ese sector es de juristas (en apariencia) y que son precisamente ellos quienes se niegan a evolucionar y a culturizarse.

Desconocen la esencia de la científicidad jurídica: La de ser una disciplina dinámica, que debe estar siempre evolucionando en forma constante, teniendo a su perfección. Con el pretexto de que es una materia especulativa dicen cada cosa, que parece que la están inventando y no alimentando.

¡Qué cosa más curiosa!, a veces en la doctrina, la evolución es a grandes pasos y las legislaciones permanecen estancadas. Afortunadamente el problema se va superando y en la mayoría de los estados hay codificaciones nuevas, pero en el Distrito Federal, cuyo código es también el federal, no se ve que evolucionen la salida.

Ahora bien, la tarea del legislador no es nada fácil; se enfrenta a uno de los mayores acertijos de todos los tiempos: Establecer parámetros para regular y calificar las conductas de sus semejantes, que pueden ser las de él mismo, y ello amerita una rigurosa valoración de los comportamientos.

Debe realizar un proceso escrupuloso para seleccionar los bienes jurídicos que merecen la protección penal y establecer las bases adecuadas para que su tutela sea efectiva. Recordará que su inclusión en los códigos penales debe ser el último recurso de que eche mano el Estado.

En la valoración de lo que será una antijuridicidad formal o en potencia, el legislador debe considerar la filosofía del valor para establecer concretamente en forma de normas prohibitivas o prescriptivas las conductas a observar, los bienes a proteger y los medios adecuados para lograr su protección efectiva.

Realiza un proceso subjetivo y otro objetivo, porque también atiende a los resultados dañosos que originan esas conductas antisociales; si el comportamiento lesiona, pone en peligro, destruye o controvierte los valores fundamentales del núcleo social, inmediatamente lo plasmará en sus restricciones.

Es interesante y muy importante la función que realiza el legislador, mas no podemos dedicarnos a elaborar un estudio exhaustivo. Ahora pasaremos a tratar la valoración de la antijuridicidad que es realizada por las autoridades ministerial y judicial, como órganos investigador y enjuiciador.

El juicio de la valoración jurídica de estos dos servidores es netamente objetivo, se realiza por medio del procedimiento de excepción, regla del que tanto hemos hablado. Según JIMENEZ DE ASUA, la antijuridicidad como concepto valorativo debe atender a lo siguiente:

a) Si expresamente la ley acogió la excepción de la antijuridicidad (como la muerte de un hombre en legítima defensa).

b) Si, en caso de no hallarse expresamente enunciada la juridicidad del hecho, se verificó en cumplimiento de un fin reconocido por el Estado (como si un boxeador no profesional golpea a otro en el juego, cuyas reglas se observan escrupulosamente).

c) Si en un acto, conveniente a los fines de la convivencia social, se vulneran intereses jurídicos para mantener otros de mayor trascendencia e importancia. (791)

En mi consideración, el proceso es simple: Se atiende en primer lugar a la antijuridicidad formal, relacionándola con el aforismo penal: *Nullum crimen sine lege scripta et stricta*, para comprobar la existencia del deber ser jurídico-penal y, en su caso, a la posición legal de garantía con respecto al bien jurídico.

Una vez comprobada la existencia de la obligación legal, debe relacionarse el deber ser jurídico-penal que surge de la norma de que se trata con el comportamiento asumido, para corroborar que éste es contrario a aquél. Esto es a que si la conducta puede ser calificada como materialmente antijurídica.

Enseguida se verifica que no concurra una norma justificativa que ampare la conducta desplegada, mediante el procedimiento de excepción-regla. Esto es, debe hacer una conducta típica y antijurídica que no pueda acogerse al amparo de alguna de las normas de justificación que prevé la propia ley.

JIMENEZ DE ASUA concluye: "Creemos nosotros que se debe llegar a la lógica posición de que se dé un concepto real en las leyes sobre la antijuridicidad y que, en vez de enunciar las causas de justificación prólijamente se establezca una fórmula amplia que justifique. No debe decirse que excluya la antijuridicidad, porque si éste es un concepto valorativo, lo no antijurídico es lo jurídico".

(e) LAS PERSONAS ENCARGADAS DE REALIZAR LA VALORACION.

Del punto anterior se concluye que las personas que van a valorar la antijuridicidad son tres: En primera instancia y con referencia a la formal, será el legislador. Posteriormente y con relación a la material, serán dos: Las autoridades ministerial y judicial, en la prueba y en la comprobación del delito.

Podría pensarse que mi afirmación no es acertada, porque al Ministerio Público no le corresponde declarar que conductas son delitos. Sigo en lo dicho y para reafirmar digo que por mandato constitucional, este órgano administrativo tiene un sólo cometido: la investigación de los delitos.

La antijuridicidad en su aspecto negativo hace desaparecer el carácter delictuoso de una conducta, la norma justificativa elimina al delito y con él se esfuma toda posibilidad de que el Ministerio Público siguiese investigando un delito, ya que sin antijuridicidad no puede darse y ¿qué podría ser investigado?

Aunque últimamente se haga hincapié en la función declarativa de las autoridades judiciales, el Ministerio Público también puede declarar que una conducta no es delito, si aparece en forma evidente, alguno de los aspectos negativos de sus elementos o la irresponsabilidad, y abstenerse de hacer consignaciones inútiles.

(157) LAS CONSECUENCIAS DE LA APARICION DEL ELEMENTO VALORATIVO.

Ahora bien, voy a tratar de explicar a grandes rasgos cuáles son las consecuencias que se generan en los mundos de las realidades fáctica y jurídica, cuando ha sido plenamente comprobada la existencia del elemento esencial general valorativo del delito o antijuridicidad, que ocupa el tercer lugar entre sus componentes.

Haciendo un poco de memoria, podremos recordar que en todo momento he recalcado al estudiar la realidad de adquirir una importancia capital en todo el sistema jurídico puesto que, como su nombre nos lo indica, lo antijurídico va en contra de los postulados de sus ordenamientos.

Lo que en líneas anteriores hubiere explicado acerca de la teoría general de la antijuridicidad es aplicable en el resto de las disciplinas jurídicas, a virtud de las relaciones de interdependencia y de mutua ayuda que existen entre ellas y porque lo antijurídico no es un problema de exclusividad penal.

Luego entonces, si de alguna manera resolvimos las cuestiones intrincadas que la antijuridicidad representa para la materia penal, habremos tenido un gran avance dentro de la teoría general de la ciencia jurídica y podremos afirmar que aunque sea en una pequeña medida, se demuestra su evolución.

Queda bien claro que la protección ideal de las expresiones del Derecho que adquieren un carácter fundamental no vamos a lograrla únicamente elaborando unos parámetros conductuales que sean modelo de perfección y de pureza de técnica jurídica; es muy preciso que esa tutela se haga efectiva.

Desde luego, a mí me queda bien claro que el índice de la delincuencia no va a disminuir solamente por el hecho de que tengan en vigor una excelente ley los sistemas jurídico-penales y que en ella se tipifiquen todas las conductas que puedan ser dañinas para el statu quo del núcleo social.

Además se requiere que estas leyes se hagan efectivas en la práctica procesal penal; que mediante un proceso netamente técnico y depurado se haga la selección de las conductas típicas antijurídicas y culpables que se conviertan en mercedoras de una sanción para su autor responsable.

Que esas penas se lleven a efecto con la marcada tendencia de ducar a la persona que ha delinquido, para procurar su rehabilitación y para que siga conviviendo en el sector social, sin volver a causar problemas, porque se la ha enseñado a obtener sus satisfactores por medio lícitos.

La valoración de los cuatro elementos del delito y de la responsabilidad son igualmente importantes, no puede decirse que la una prevalezca sobre la otra, aunque al decir a la antijuridicidad, ya tenemos más probabilidades de que la conducta en cuestión adquiera un carácter delictivo.

El proceso de la valoración de la antijuridicidad es de carácter objetivo, en cuanto a que se atiende a la existencia del deber ser jurídico-penal expresamente dirigido a una persona y a la contrariedad efectiva de la conducta asumida con esa obligación que emana de las normas jurídicas.

No precisa de que en este momento se valoren los aspectos subjetivos referidos al autor de la conducta típica, porque esto ya habrá sido objeto de valoración en el primer elemento del delito, que es el subjetivo-material o conducta. Lo subjetivo únicamente estará presente en la consciencia del encargado de la valoración.

Tampoco ha de ser necesario que en este proceso valorativo se atienda a verificar que de la conducta típica, cuyos elementos constitutivos puedan adecuarse a un modelo legal, porque este aspecto ya debió quedar comprobado al momento de integrar al elemento regulador del delito o tipicidad.

Cuando llegamos al punto en que debemos avocarnos a valorar a la antijuridicidad como tercer elemento del delito, es porque ya hemos corroborado la existencia de una conducta típica, de la cual nos resta saber si el sujeto que la desplegó tenía el deber jurídico de comportarse de otra manera.

Posteriormente, valiéndonos de un procedimiento de excepción-regla verificaremos que en primer lugar esa conducta sea contraria al deber ser jurídico-penal que emana de la norma y en segundo término, que su autor no se encuentra amparado en los efectos que producen las normas justificativas.

La relación del elemento valorativo del delito o antijuridicidad con el deber ser jurídico-penal está limitada a comprobar la existencia de ese deber referido a determinada persona y que la conducta que ésta asumió sea contraria a él. En un momento posterior será valorada la exigibilidad de cumplir con esa obligación jurídica.

Por lo pronto, a la valoración de la antijuridicidad le basta encontrar la manera de probar que existía ese deber jurídico y que la conducta asumida por el sujeto pasivo del proceso fue contraria a él, sin que pudiese acogerse a los beneficios que proporcionan las normas justificativa.

Para las autoridades ministerial y judicial y para los defensores de oficio o particulares es bien importante fundamentar y motivar la existencia de ese deber ser jurídico-penal y la efectiva contradicción de la conducta que originó el proceso penal con la obligación jurídica.

Ya he insistido en que la antijuridicidad ese concreta comprobando que la conducta asumida no se encuentra beneficiada por alguna de las justificantes legales de las que voy a hablar en breve. Una vez comprobada la presencia de la antijuridicidad se procede a declarar su existencia, para continuar con la valoración de la culpabilidad.

El delito es un proceso de valoraciones sucesivas que, atendiendo al orden lógico que impoera entre sus elementos, va de la conducta a la tipicidad, de la tipicidad a la antijuridicidad y de la antijuridicidad a la culpabilidad, para culminar con la declaración de su existencia y proceder a valorar la culpabilidad.

Por ello, una vez probada la existencia de la conducta típica formal y materialmente antijurídica, el siguiente paso será corroborar la presencia de la culpabilidad, para reunir todas las pruebas que demuestren la responsabilidad y proceder a sentenciar al autor de una conducta típica antijurídica y culpable.

(D) EL ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO VALORATIVO.

Después de haber analizado todo lo concerniente a la antijuridicidad como el elemento valorativo del delito en su aspecto positivo y de asentar que podemos hallarla en la contrariedad al deber ser jurídico penal, me queda referirme a la aspecto negativo que origina la ausencia del delito y encontramos en las justificantes.

Ya dije que para que podamos concretar la antijuridicidad es necesario recurrir a un procedimiento de excepción-regla, en el cual debe verificarse que a la conducta típica formal y materialmente antijurídica, no la atropen con sus beneficios una justificante, como la inexistencia del deber ser o una norma justificativa.

En el proceso de la valoración jurídica del tercer elemento del delito debe demostrarse la existencia del deber ser jurídico-penal, la contrariedad de la conducta asumida con él y la inexistencia de una norma justificativa que ampare el autor de una conducta típica y antijurídica.

La tercera exigencia enunciada se hace precisa en virtud de que la conducta que puede acogerse al abrigo de una norma justificativa es formal y materialmente antijurídica y se la hará justa, si reúne los requisitos enunciados en la norma que describe a la justificante incluida en el texto legal.

Hay justificación en términos generales, cuando la conducta típica formal y materialmente antijurídica no es declarada como contraria a la normatividad jurídico-penal, en virtud de que en la propia ley se encuentra una causa que la justifica; es decir, que la hace justa a los ojos del ordenamiento legal.

Si no puede demostrarse que existe la antijuridicidad de la conducta asumida por el individuo, ésta dejará de motivar el interés en el área jurídico-penal y ya no será necesario que atendamos a si pueden o no integrarse los restantes elementos del delito que consideramos en nuestra concepción.

Tomando en cuenta el orden lógico jurídico que existe entre los elementos del delito, cuando aparece probada y comprobada la presencia de una justificante, ya no será necesario atender a la existencia de la culpabilidad y procederá que las autoridades ministerial o judicial declaren la inexistencia del ente penal.

La concepción dogmática del aspecto negativo del elemento valorativo del delito o antijuridicidad ha pretendido obtenerse a través del procedimiento de excepción-rogia del que ya les he hablado, exigiendo que la conducta típica no esté amparada por una causa de licitud o justificación.

(158) LA INEXISTENCIA DEL DEBER SER JURIDICO-PENAL.

Al hablar de la composición del elemento valorativo o antijuridicidad, expresé que de acuerdo con mi pensamiento, concurren a formarlo un presupuesto y un elemento. El lugar del presupuesto de este componente del delito lo ocupa la existencia del deber ser jurídico-penal.

La antijuridicidad penal propiamente dicha, consiste en la contradicción de la conducta que fue asumida por el sujeto con el deber ser jurídico-penal que crea de la norma que se ocupa de hacer la descripción del delito-tipo de que se trata en el caso concreto que estamos cuestionando.

Es obvio y no precisa de mayor explicación, considerar que en ausencia del deber ser jurídico-penal, no podría llegar a concretarse la antijuridicidad, en virtud de que no nos sería posible demostrar que la conducta contradice la obligación normativa; luego entonces, su antijuridicidad formal y material está justificada.

Digo que la inexistencia del deber ser jurídico-penal justifica la conducta asumida, porque en ausencia de un mandato el individuo puede actuar de la manera que desee y si su conducta resulta formal y materialmente antijurídica, al ordenamiento legal no le queda más remedio que justificársela.

La inexistencia del deber ser jurídico-penal (como las normativas justificativas) no tiene el poder de quitarle a la conducta la característica de ser formal y materialmente antijurídica; su función es más simple: Cumple con justificarla ante los ojos de la ley, haciéndola aparecer como justa.

A pesar de que los comportamientos asumidos sigan sosteniendo su carácter material y formalmente antijurídico, no son declarados como contrarios a la normatividad jurídico-penal, porque no existió el deber ser, para que pudiese comprobarse su contradicción con él y deben tenerse como justificados.

Quede bien claro que no están siendo justificados porque puedan ser acogidos al amparo de una norma justificativa, sino porque no se llegó a probar y a comprobar un deber ser jurídico-penal al que pudiesen contrariar y en esta virtud, el orden legal y el sistema jurídico-penal deben tenerlos como justos.

Esto ocurriría cuando los deberes que emanan de la norma sólo están dirigidos a personas específicas (un funcionario público por ejemplo) o se requiere de una posición legal de garantía con respecto a un bien jurídico determinado o ese deber esta reconocido en otra legislación, sin llegar a relacionarse con un delito-tipo.

(159) LA APARICION DE UNA NORMA JUSTIFICATIVA.

Si quedó en firme que el elemento valorativo del delito o antijuridicidad está compuesto por un presupuesto, que es la existencia del deber ser y por un elemento, cuyo sitio lo ocupa la contradicción al deber ser jurídico-penal, la ausencia de cualesquier de los dos, constituye su aspecto negativo.

Ya expliqué lo que implica la inexistencia del deber ser, queda por hablar de cuando la conducta no es declarada como contraria al deber ser --nunca podrá decirse que no es antijurídica--, porque el ordenamiento legal justifica la actuación del sujeto, a pesar de que tiene la obligación jurídica y la contrario.

En el proceso de la valoración de la conducta y de la tipicidad cuando aparece alguna de las causas que originan su aspecto negativo, se dice que hay ausencia de conducta o ausencia de tipicidad; en la antijuridicidad no ocurre lo mismo, porque la conducta típica que está justificada sigue siendo formal y materialmente antijurídica.

No podemos decir que aquí hallemos una conducta no antijurídica o una ausencia de antijuridicidad; la antijuridicidad sigue existiendo porque las justificantes no tienen el poder de borrarle este carácter al comportamiento típico, simplemente ustifican la actuación del individuo ante la mira de la ley y del sistema.

(160) LAS NORMAS JUSTIFICATIVAS.

Las normas justificativas constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad o elemento valorativo del delito. PORTE PETIT dice: "Las causas de justificación son el aspecto negativo de la antijuridicidad," contradiciendo su preferencia por denominarlas "causas de licitud." (792)

Estas justificantes son conocidas con los nombres siguientes: "causas de licitud", "causas de justificación" o "causas de exclusión de lo injusto," (793) para mí es preferible la denominación de "normas justificativas." ANTON ONECA nos dice que son la manifestación negativa de la antijuridicidad. (794)

En mi opinión existe una norma justificativa cuando una conducta típica, que es formal y materialmente antijurídica, es justificada por la misma ley en virtud de ciertas circunstancias especiales que concurren en el momento delictivo. No desaparece su calidad de antijurídica, simplemente no llega a ser declarada como tal.

PORTE PETIT no acepta esta postura y sostiene: "Es decir, la conducta o hecho realizados no son contra el derecho sino conforme al Derecho, y esta conformidad puede provenir de la ley penal o de cualquier otro ordenamiento público o privado." (795) Por ello rechaza la denominación de "justificantes," nombrándolas "causas de licitud."

(792) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 489. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979. Dice que la conducta es lícita desde su nacimiento y que no precisa de justificación.

(793) Por causas de licitud se pronuncian PORTE PETIT. Op. cit., pp. 491 GOMEZ. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, pp. 535-536. Buenos Aires. 1939. Causas de Justificación la prefieren: MAGGIORE. Derecho Penal. Tomo I, p. 387. Editorial Temis. Bogotá, 1954. JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. p. 102B. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1958. y BETTIOL Manual de Derecho Penal p. 144. Editorial Uteha. Buenos Aires, 1960. MEZGER defiende "causas objetivas de exclusión del injusto". Tratado de Derecho Penal. Tomo I. pp. 393 y ss. Madrid, 1946.

(794) ANTON ONECA. Derecho Penal. Tomo I. p. 186. Madrid. 1949.

(795) PORTE PETIT. Op. cit. p. 492.

MAGGIORE estima que del mismo modo en que la ley puede acriminar un hecho, puede desacriminarlo, quitándole el predicado de criminalidad y haciéndolo *socundum ius* (conforme a Derecho) lo que es *contra ius* (contrario a Derecho) y de esta manera lo justifica (vuelve a ponerlo en la órbita jurídica, aunque debería ser excluido de allí). (796)

GÓMEZ dice que si bien es cierto que de ordinario se las reconoce como causas de justificación, no menos cierto lo es que esta expresión resulta ser inadecuada, porque su presencia tiene el prodigio de borrar el carácter delictuoso de la conducta y ninguna justificación reclama la comisión de un hecho lícito. (797)

BETTIOL las llama justificantes y apunta: "Por eso a estas eximentes se les llama también circunstancias de justificación en cuanto (justifican) la lesión de un interés penalmente protegido, que de otra manera debiera considerarse ilícita." (798)

FORTE PETIT es del parecer de que "en realidad, si la conducta realizada por el sujeto es lícita, indudablemente no debe hablarse de que esté justificada, porque desde su nacimiento está facultada, permitida, conforme a Derecho." (795)

JIMÉNEZ DE ASUA explica que no tiene poder alguno para aniquilar la denominación de causas justificativas, el argumento de que el delito desaparece, pues ello ocurre con todos los motivos que suprimen uno de los caracteres del delito, es decir, con las causas de inculpabilidad y con las que hacen a un hombre inimputable." (800)

Sostiene que "es correctísimo el título de causas de justificación pues lo que en ellas desaparece es lo injusto; es decir, no sólo el delito, sino la injuria, en su vasto sentido, pues no se elimina una simple característica del delito, sino la esencia de toda acción injusta." (801)

Para mi gusto, es más propio denominarlas "normas justificativas," en virtud de que no hacen lícita, no permiten ni facultan, ni mucho menos vuelven conforme a Derecho una conducta que sigue siendo formal y materialmente antijurídica. Tampoco excluyen lo injusto de manera exclusiva, porque esa es la función de cualesquier de los aspectos negativos del delito.

La sola denominación de justificantes es muy amplia, dado que abarca la inexistencia del deber ser. Las llamo normas y no causas, porque tienen que estar taxativamente enunciadas en el ordenamiento legal. Justifican y nunca permiten lo que ya está prohibido.

Las normas justificativas son la revivificación de la autoconposición o justicia de propio mano. Hay momentos, lugares y situaciones en que la tutela (sea como protección o como declaración) del Estado no alcanza al individuo y de esperarle el ataque al bien jurídico de mayor valía será inevitable o irreparable.

Por este motivo, la propia ley ha querido justificar algunos comportamientos que formal y materialmente son antijurídicos, con base en un número determinado de requisitos que establece la misma norma. Justifica quiere decir "hacer justo", "hacer justicia". Así notamos que la conducta se hará justa por mayoría de razón y equidad.

ANTOLINI nos dice que la justificante o causa de licitud es aquella especial situación en la que un hecho que normalmente está prohibido por la ley penal, no constituye delito por la existencia de una norma que lo autoriza o impone." (802)

(796) MAGGIORE. Derecho Penal. Tomo I, p. 387. Ed. Temis. Bogotá, 1954.

(797) GÓMEZ. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, p. 535. Buenos Aires. 1939.

(798) BETTIOL. Manual de Derecho Penal. p. 144. Editorial Uteha. Buenos Aires, 1960.

(799) FORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 492. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(800) JIMÉNEZ DE ASUA. Citado por FORTE PETIT. Op. cit., p. 492. Cfr. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. p. 1028. Ed. Losada, Buenos Aires, 1958.

(801) *Idem*.

(802) ANTOLINI. Manual de Derecho Penal, p. 201. Ed. Uteha Argentina. Buenos Aires, 1960.

FORDE PETIT es de este parecer: "Pensamos que existe una causa de licitud, cuando la conducta o hecho siendo típicos son permitidos, autorizados o facultados por la ley, a virtud de ausencia de interés o de la existencia de un interés preponderante." (803)

JIMENEZ DE ASUA define a las justificantes así: "Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que se puede subsumir en un tipo legal, esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta sin embargo, el carácter de antijurídicos, de contrariar al Derecho, que es el elemento más importante del crimen." (804)

Hay que recordar que las normas justificativas tienen la función de borrar ante la juridicidad la calidad de antijurídica de una conducta, al hacerla justa con base en principios de mayoría de razón y equidad. La conducta no es lícita, permitida, facultada, autorizada o impuesta, sino justificada.

Es decir, que la contrariedad a la norma jurídica (al deber ser) existió y sigue existiendo, porque no hay normas que permitan privar de la vida, por ejemplo sino que al lado de la norma restrictiva (prohibitiva o prescriptiva) existe una contra norma que impide que la antijuridicidad lleve a concretarse jurídicamente.

En lo que toca al fundamento de las normas justificativas (causas de licitud, justificación u objetivas de exclusión de lo injusto), la doctrina penal tradicional tiene diferentes opiniones, coincidiendo todas en el interés jurídico.

MEZGER habla del principio de la ausencia de interés: a) Consentimiento del ofendido. b) Consentimiento presunto del ofendido, y del principio del interés preponderante: a) Deberes preponderantes (deberes oficiales, profesionales, orden y autorización legítimas, deberes de educación y derecho de corrección). b) Especial justificación (legítima defensa, estado de necesidad, otros casos de estado de necesidad y de autoauxilio, etc.). c) Principio general de la valuación de los bienes jurídicos. (805)

JIMENEZ DE ASUA solamente admite una base para las causas de justificación: La preponderancia del interés, bien sea de mayor importancia jurídico-social (legítima defensa, ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber), bien por la superioridad del bien jurídico tutelado (estado de necesidad y casos de justificación supralegal). (806)

Para mí se fundan en el principio del interés preponderante, con relación al bien jurídico más importante o a la conducta de mayor valía. En el primer caso existe una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en donde triunfa el de mayor valor. En el segundo, la conducta tiene mayor importancia para la sociedad o el ordenamiento jurídico. O en la ausencia de interés.

Encuentra su base en el principio del interés preponderante con relación al bien jurídico de mayor valía el estado de necesidad. Y con relación a la conducta de mayor valor, la legítima defensa, el ejercicio de un Derecho, el cumplimiento de un deber, el impedimento legítimo, la obediencia jerárquica, y el consentimiento del ofendido, obedece a la ausencia de interés del titular del bien.

(803) FORTE PETIT. Apuntes de la Parte General de Derecho Penal. p. 493. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(804) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 269. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(805) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. pp. 393-395 y ss. Madrid, 1946. Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio, pp. 162 y 163. Buenos Aires, 1958. Al respecto puede consultarse el esquema elaborado por FORTE PETIT. Op. cit. p. 494.

(806) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. p. 1055. Editorial Losada, Buenos Aires, 1958.

Cabe recordar que las normas de deber (exculpantes) también se fundan en el principio del interés preponderante con relación a las normas, más en ellas la anti-juridicidad queda subsistente. Existe una colisión de normas, en donde triunfa la más importante: La norma de deber que es un imperativo hipotético. (807)

Se ha pretendido decir que las normas justificativas también se basan en la ausencia de interés, pensamiento que resulta desatinado porque, aunque hay bienes en los cuales la ley permite el consentimiento del ofendido, el ordenamiento jurídico no deja de tener interés en protegerlos.

JIMENEZ DE ASUA dice: "Rechazamos la ausencia del interés, de que habla Mezger, no sólo porque no es necesaria en nuestro sistema en que no aceptamos la zona intermedia entre lo justo lo anti-jurídico, ni el consentimiento del titular del Derecho, sino porque no puede haber esa ausencia de intereses." (808)

Forzosamente esas normas de justificación deben encontrarse explícitas en la ley; no podemos decir que haya una justificación extralegal, porque entonces tendríamos que reconocer que en este caso existe una norma de deber, que no borra la anti-juridicidad, sino que sustenta a la no exigibilidad. (809)

(a) SU DIFERENCIA CON LAS NORMAS PRESCRIPTIVAS O PROHIBITIVAS.

Las normas prohibitivas y prescriptivas tienen una nota en común: Restringe las conductas sociales; las normas justificativas se diferencian de ambas porque encauzan conductas. Algunas de esas normas restrictivas pueden parejarse a una norma justificativa, en determinadas hipótesis.

Existen determinados casos en que las conductas prohibidas o prescritas en una norma restrictiva son justificadas atendiendo a la situación imperante y siempre y cuando se llenen todos los requisitos de legalidad que exija la norma que describe a la justificante y si es que el delito-tipo por su esencia la acepta.

Opino que las normas justificativas encauzan conductas, porque si bien puede pedirse al sujeto que obra conforme con los postulados de la norma jurídica, para justificarle la inconformidad de su comportamiento debe cubrir los requisitos de validez legal que enumera la contranorma.

No siempre que el sujeto transgrede una norma jurídico-penal el orden legal va a justificarse su comportamiento, ya que entonces las restricciones serían un contrasentido. La diferencia tajante entre una contra norma (justificante) y una norma restrictivas (prohibitiva o prescriptiva), es que la primera no ordena conductas sino que las hace justas.

(b) LA CONDUCTA LICITA Y LA JUSTIFICADA.

Se ha creído que las normas justificativas deben denominarse "causas de licitud," aludiendo a que la conducta es lícita desde que nace y que lo lícito no precisa de justificación. Recordemos que la licitud y la justificación no son idénticas y que al definir lo lícito dije que era todo aquello que no se encontraba prohibido.

Concretamente, lo lícito jurídico vendría a ser todo aquello que no está prohibido en el ordenamiento legal. Entonces, ¿cómo vamos a llamar lícita a la conducta que pretende acogerse a un beneficio legal? Por ejemplo, privar de la vida nunca podrá ser una conducta lícita o permitida, ya que el orden legal la está prohibiendo.

(807) SUPRA. Sucesión Segunda. Capítulo Tercero. Inciso (C) Número (151), (H) Las normas de deber.

(808) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. p. 1055. Editorial Losada, Buenos Aires, 1958.

(809) En mi opinión en las normas justificativas que borran a la anti-juridicidad de una conducta, siempre debe intervenir la ley, para describirlas en los parámetros de normatividad y establecerles determinados requisitos. En las normas de deber, en cambio, predomina el criterio de la autoridad judicial, para determinar en qué casos es exigible o no un actuar jurídico y aunque también se justifica el comportamiento, es por razones extralegales, que dan lugar a una exculpante. Cfr.

Acordamos también que la conducta justificada sigue siendo antijurídica en su aspecto formal o potencial y, es más, llena todos los requisitos para poder considerársela materialmente antijurídica, mas esto no ocurre por principios de mayoría de razón y equidad que llegan a hacerla justa.

Es pertinente, para que se aclaren estas ideas, que se precisen todos los términos que emplea el jurista; así nos evitaremos confusiones. Licitud se traduce en "no prohibición legal," justificación significa "hacer justo." No hay una sola norma justificante que no presuponga una norma restrictiva, porque no es necesario justificar lo que no se encuentra restringido.

(c) LA CONDUCTA NO ANTILJURIDICA Y LA PERMITIDA.

Las causas de justificación vienen a ser hipótesis de "justicia legal" y no de "no antijuridicidad" y esto no significa que el ordenamiento jurídico permita conductas que ha restringido con anterioridad. El único supuesto de "no antijuridicidad" es la inexistencia del deber ser.

La contranorma no equivale a decir: "Bueno, te permito matar". Concretamente debemos entenderla como: "Te justifico tu conducta, porque mataste en legítima defensa," por ejemplo. Evidentemente no es lo mismo hablar de licitud que de permisión. Lo lícito es lo que no está prohibido en orden alguno.

Decir que el ordenamiento jurídico-penal permite determinados comportamientos, implica verificar que esto se diga expresamente en una de sus normas. Quiero que contesten: ¿Qué orden punitivo contiene normas permisivas." Claro que ninguno. En todos los que conozco no he visto una disposición con ese carácter.

Sin embargo, muchos autores tradicionalistas se empeñan en decir que las normas de justificación permiten determinadas conductas. Una norma justificativa tiene un poder y una función específica: Hacer que la conducta se convierta de antijurídica en justa, aunque nunca permite comportamientos.

Claro que no es igual decir: "Hago que tu conducta antijurídica sea justa," a exponer: "Te permito que realices esta conducta." La permisión equivale al consentimiento expreso del Estado, en una norma para que el individuo pueda realizar tal o cual conducta. En otras áreas jurídicas sí hay normas permisivas, en la penal no.

ZAFFARONI insiste en llamar a las normas justificativas "tipos permisivos" y en su texto, al explicarlas (al menos eso trata), cae en evidentes contradicciones porque alude en forma simultánea a permisos y a justificaciones.

Dice: "Cabe consignar que empleamos la voz "tipo permisivo (o tipo de permiso o tipo de justificación), con el único propósito de resaltar la estructura mixta de la justificante (objetiva o subjetiva). No implica este uso la afirmación de que existen "tipos de injusto" opuestos a los "tipos de justificación" sino que para nosotros una tipicidad de justificación presupone una tipicidad de prohibición: se le presupone para neutralizar su desvaloración provisional." (810)

Ahora bien, lo que es lícito no necesita justificación del ordenamiento legal, porque constituye un indiferente jurídico; si no está prohibido ¿qué es lo que hay que justificarle? Solamente podrá justificarse lo que está restringido y solamente eso.

(d) LAS NORMAS JUSTIFICATIVAS Y LA LEGITIMACION.

Legitimar es probar o justificar una calidad o cosa conforme a las leyes. Para que pueda ser válida la justificación y el sujeto ampararse en ella, precisa que se pruebe en la fase procesal adecuada que se ha llenado todos los requisitos establecidos en la norma para que proceda esa justificante.

(810) ZAFFARONI. Teoría del Delito, pp. 455 y ss. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1963.

Para que la justificante pueda tener plena validez es necesario que en el proceso de la valoración jurídica se aporte el material necesario para probar y comprobar que se han llenado todas las peticiones contenidas en el marco de explicitación del tipo justificativo, al que pretende acogerse la conducta.

(e) LA JUSTIFICACION Y LA LEGALIDAD.

La contranorma o justificante, para poder beneficiar al autor de una conducta típica y antijurídica, necesidad revestirse de legalidad, que viene a asemejarse con el proceso de legitimación. Nótese que mencióno que la conducta es típica y antijurídica, porque sucede que así es.

La norma justificante se entiende como la contranorma que borrará a la luz del sistema jurídico el carácter materialmente antijurídico de la conducta asumida por el sujeto. El comportamiento no deja de ser un acto antijurídico, aunque ante la ley queda justificado el hecho de haberlo asumido.

Aparentemente se cae en contradicción al hablar de la legalidad, mas hay que recordar que así como en los contratos se exige la presencia de ciertos requisitos para su existencia y validez legal, en las contranormas debe colmarse también las peticiones que anuncia la ley para llegar a justificar una conducta típica y antijurídica.

Cuando se llene todos esos requisitos que pide la norma justificativa, se habrá reunido de legitimación y de legalidad la conducta y la contranorma podrá cumplir con la función para la cual fue creada: Hacer justa una conducta típica y antijurídica.

(f) LAS CLASES DE NORMAS JUSTIFICATIVAS.

Este tema resulta ser muy fácil de explicar, las causas de justificación se dividen en comunes y personales. Las comunes benefician a cualquiera, es decir que pueden invocarse todos. PORTE PETIT dice que "son aquellas que pueden hacer cualquier persona." (811) Así, la legítima defensa y el estado de necesidad.

Las singulares o personales benefician nada más a la persona que reúna algunas características. MAGGIORE dice que "sirven para determinadas clases de personas, en ciertas relaciones de dependencia (orden jerárquico)." (812)

Se comprenden en las causas especiales de justificación: El ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber, el impedimento legítimo, la obediencia jerárquica y el consentimiento del ofendido. Estas sólo podrá invocarse la persona que tenga el derecho, el deber, el impedimento, que haya recibido la orden o le hayan otorgado el consentimiento.

(161) LAS JUSTIFICACIONES LEGALES.

De ordinario, las legislaciones reconocen que las causas de justificación son las siguientes: Legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, impedimento legítimo, obediencia jerárquica y consentimiento del ofendido.

En el artículo 15 del CFP nuestro sistema jurídico hace una mezcla de aspectos negativos del delito, bajo el rubro "circunstancias excluyentes de responsabilidad"; aquí se incluye a las normas justificativas, que tienen como función excluir la responsabilidad penal.

La fracción III nos habla de la legítima defensa, al decir: "Repelel el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende."

(811) MAGGIORE. Citado por PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 497. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(812) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 497. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

En la fracción IV se refiere al estado de necesidad, en los siguientes términos: "Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia del agente, y que éste no tuviera el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance."

Del cumplimiento de un deber y del ejercicio de un Derecho se ocupa la fracción V, que anota: "Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un Derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir con el deber o ejercer el Derecho."

La fracción VII habla de la obediencia jerárquica en términos generales (no sólo como justificativa): "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."

Por último, la fracción VIII nos habla del impedimento legítimo en la siguiente fórmula: "Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo."

Al consentimiento del ofendido no lo incluye en alguna de las siguientes fracciones, considerando que no lo estima como causa de justificación; en todo caso, al ser incluido como elemento típico en algunos delitos, como el robo, funcionará como una hipótesis de atipicidad.

(162) LAS JUSTIFICACIONES EXTRALEGALES.

REYES explica: "Las causales que venimos comentando se dividen en penales y extrapenales, según estén o no previstas en el Código Penal; las primeras son: el estado de necesidad, la legítima defensa, el cumplimiento de un deber derivado de normas legales o de orden de autoridad legítima, el ejercicio de un derecho, actividad lícita o cargo público; entre las segundas mencionaremos el consentimiento del sujeto pasivo." (813)

Con ello nos da a entender que pueden existir causas de justificación que no estén estipuladas en el ordenamiento legal, sino en alguna otra legislación, lo cual resulta errado en mi concepto. Todas las normas justificativas deben estar enunciadas en la ley penal y sólo serán consideradas como tal las que allí se contengan.

En el caso en que la conducta pudiese ser justificada por motivos extralegales o extrapenales, ya no estaremos en presencia de una causa de justificación como aspecto negativo de la antijuridicidad, sino frente a una no exigibilidad de otra conducta, como exculpante, fundada en una norma de deber.

Ya expliqué que las normas de deber son aspectos semejantes a las normas justificativas, que ambas tienen el poder de hacer justa una conducta y que su diferencia con las justificativas siempre están taxativamente enunciadas en los ordenamientos legales (son imperativos legales) y las de deber, son imperativos hipotéticos que atienden a las circunstancias concurrentes. (814)

Es necesario proceder a elaborar un análisis por separado de cada una de las normas justificativas, para saber cuáles son los fundamentos y los requisitos de validez de cada una. Voy a decir que en general, se reconocen las siguientes causas de justificación:

- A) Legítima defensa.
- B) El estado de necesidad.
- C) El ejercicio de un derecho.
- D) El cumplimiento de un deber.
- E) El impedimento legítimo.
- F) La obediencia jerárquica.
- G) El consentimiento del titular del Derecho.

(813) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 207. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(814) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Tercero. Inciso (C) Número (151), (h) Las normas de deber.

Si limité las causas de justificación a siete términos, no significa que sean los únicos que puedan darse; podrían existir otras normas justificativas, mas éstas son las que de ordinario han sido reconocidas en las legislaciones y en las doctrinas penales y sobre ellas versan los estudios existentes.

Sea cual fuere el carácter de las normas justificativas, hay que aclarar que todas las causas que hacen surgir el aspecto negativo de la antijuridicidad, deben estar previstas por el ordenamiento en un imperativo categórico, ya que si se originaran en un imperativo hipotético serán normas de deber y darían lugar a una exculpante.

Las normas justificativas históricamente encuentran su origen en la frase: "La necesidad no conoce la ley" (KANT, MEYER y BEITOL). Para BAUER las excluyentes de antijuridicidad son la negación de la negación, cuyo fin es afirmar al Derecho. (815)

ISLAS explica: "Como conclusión de todo lo apuntado, habrá una causa de licitud siempre que el sujeto, al lesionar o poner en peligro el bien tutelado en el tipo, va a salvar un bien, cualquiera que sea el valor de éste, y no tiene otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva." (816)

REYES expone: "Se las llama causales de exclusión de la antijuridicidad porque transforman en jurídica una conducta que de otra manera sería contraria a Derecho." (817) Dice que la lesión inferida pierde el carácter antijurídico, porque cualquiera obraría de la misma manera o el ordenamiento legal reconoce la licitud de la conducta. (818)

Según yo son una revivificación de la justicia de propia mano o autojuicio, en virtud de que en un determinado momento y lugar la protección del estado no puede alcanzar al individuo y, en caso de que la esperara, el ataque al bien jurídico sería inevitable o irreparable. (819) Analicémoslas por separado.

(163) LA LEGÍTIMA DEFENSA.

¿Podría encontrarse un argumento válido para rechazar a la legítima defensa como norma justificativa? Estimo que no; más bien son muchísimos los pensamientos que podemos anotar para sostener su inclusión dentro de las excluyentes de antijuridicidad, causas de licitud o justificación.

REYES nos explica: "Desde los albores de la sociedad se ha considerado que quien actúa en legítima defensa ejecuta una acción lícita; sin embargo, en el ámbito doctrinal la cuestión ha sido objeto de intensas polémicas." (820)

Para explicar el fundamento de la legítima defensa y su naturaleza, en la doctrina tradicionalista han existido varias teorías, de las cuales podemos hacer esta enunciación: a) Es una conducta injusta, aunque debe quedar impune. b) Es una verdadera causa de justificación. c) En ella hay una ausencia de peligrosidad. (821)

Respecto al fundamento de esta justificante, BINDING habló del derecho subjetivo a la defensa que ejerce el autor. (822) WELZEL, JESCHICK, MAYER, LECKER y MAURACI (823) nos han dicho que, en situaciones de peligro, el Derecho no tiene por qué ceder y abrirle paso al injusto. (824)

(815) MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad. Problema Capital del Derecho. pp. 89-90. Trabajo de Investigación. Concurso de Investigación Jurídico-Penal del Estado de Durango, México, 1984.

(816) ISLAS. Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida. p. 53. Editorial Trillas, México, 1982.

(817) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 212. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(818) REYES. Op. cit. p. 212.

(819) MEDINA HERNANDEZ. Op. cit. p. 90.

(820) REYES. Op. cit. p. 213.

(821) Cfr. SOLER. Derecho Penal Argentino. Tomo I. pp. 344-338. Tipografía Editorial Argentina. Buenos Aires 1978. REYES. Op. cit. p. 213 y ss.

(822) Citado por MEDINA HERNANDEZ. Op. cit., p. 90.

(823) Idem.

(824) Ibidem.

PUFFENDORF sostiene la tesis de la "coacción psíquica", a través de la cual la defensa debe quedar imputa a causa del estado de perturbación psíquica que sufre el agente ante la inminencia de un ataque a su persona o a sus bienes. (825)

VON BURI nos explica que en la legítima defensa tenemos la colisión de dos derechos, uno de los cuales no puede ser conservado sin el ataque al otro; frente a esta situación, el estado permite que se sacrifique aquel que es menos importante. (826)

CARRARA sostuvo la tesis de la "defensa pública subsidiaria", en la cual el fundamento de la causa que analizamos es la cesación del Derecho de Castigar (ius puniendi) por parte de la sociedad, porque cuando la defensa privada es eficaz y la pública no lo es, aquella recobra su Derecho y ésta lo pierde. (827)

ZAFFARONI se expresa así: "Se apoya (la legítima defensa) sobre la necesidad de conservar el orden jurídico y garantizar el ejercicio de los derechos." (828) PORTE PETIT dice: "La legítima defensa se considera como causa de licitud en base a un interés preponderante." (829)

La Escuela Positiva consideró que la defensa debe justificarse si se toman en cuenta los caracteres jurídicos y sociales de los motivos, del fin de que propuso el agente y su ausencia de peligrosidad; en general es el pensamiento de PERRI, FIGURETTI y ZERBOLLO. (830)

Para REYES siendo la legítima defensa una causa de justificación, no hay para que buscarle un fundamento distinto de las causas causales de la misma naturaleza, vale decir, que se trata de un fenómeno que no suscita la reprochabilidad social porque siempre se ha considerado que quien reacciona ante una injusta agresión ejecuta comportamiento social y jurídicamente adecuado; también aquí, como en el estado de necesidad, es la conciencia social y legal de que no es posible exigirle al actor comportamiento diverso, lo que justifica su conducta y, por ende, su tratamiento como causal de exclusión de delito por ausencia de antijuridicidad." (831)

FAVON VASCONCELOS recuerda: "Otra postura justificadora, después de analizar la conducta ejecutada por el agredido, atiende preferentemente al fin perseguido por el agente, el cual no está encaminado a inferir una ofensa, sino a defender un derecho propio o ajeno amenazado." (832)

(825) PUFFENDORF. Citado por REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 213. Universidad del Externo de Colombia. Bogotá, 1984. Atado que la perturbación psíquica puede ser originada también por el ataque actual y en la persona o en los bienes jurídicos de un tercero.

(826) FIGURETTI. Stato di Necessità e Legittima Difesa. p. 483. Scuola Positiva. Cfr. REYES. Op. cit., p. 213. No es el bien menos importante el sacrificado, sino el del injusto agresor.

(827) CARRARA. Programa del Curso de Derecho Criminal. Volumen I, p. 291. Editorial Temis. Bogotá. 1965. El estado es el titular del derecho a la defensa, si el individuo no puede recurrir a él en demanda de su ejercicio, la defensa individual adquiere el imperio y cesa la función de castigar en la sociedad. Párrafo 291.

(828) ZAFFARONI. Teoría del Delito, pp. 466. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1963.

(829) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 497. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(830) PERRI. Principios de Derecho Criminal. p. 432. Editorial Reus. Madrid. 1933. FIGURETTI y ZERBOLLO. Sobre la Legítima Defensa. p. 112. Editorial Reus. Madrid. 1926. REYES. Op. cit., p. 214. FIGURETTI. Su la legítima defensa. p. 80. 1886. FAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 292. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974. FIGURETTI asegura que al ejercer la repulsa a la agresión, no se está ejecutando una conducta antijurídica en virtud de la coincidencia del interés agredido con el de la sociedad, de conservar el derecho amenazado.

(831) REYES. Op. cit., p. 214.

(832) FAVON VASCONCELOS. Op. cit., p. 292. Dice: "Frente al interés particular del injusto agresor, tiene mayor preponderancia ante la ley, el interés de quien defiende la conservación del orden y la primacía del derecho tutelado". VILLALOBOS dice que la valoración atiende al interés público. Derecho Penal Mexicano. p. 3811. Editorial Porrúa, S.A. México, 1960.

En mi concepción, la legítima defensa encuentra su fundamento subjetivo en el derecho a defenderse de que debe gozar todo ser humano. Bien sabemos que ese derecho fue delegado en el Estado, como mentor jurídico de la sociedad, y que es él quien debe ejercerlo en favor de todos los individuos.

Como ya dije, hay momentos, lugares y circunstancias en los cuales la tutela del estado no puede alcanzar al sujeto y él no puede esperar a que le llegue sin tener que sacrificar sus bienes; por ello, hace con su propia mano lo que cree que es justo y de esa manera, ataca a quien lo agrede.

El Estado está consciente de esta situación y por ello la regula y la justifica; trata de encuadrarla con la norma justificativa, ya que no puede permitir el libre ejercicio de ese derecho sin llevar a la sociedad a una situación caótica irremediable. La norma va a decirle al individuo en qué momento y bajo cuáles circunstancias podrá acogerse a sus beneficios.

Hay que recordar que la legítima defensa debe encontrar su basamento principal en aspectos objetivos para tener el poder de anular a la anti-juridicidad, ya que lo subjetivo pertenece a otros elementos del delito que yo he ubicado en el elemento subjetivo-material o conducta (el primero).

En forma ineludible la legítima defensa pertenece al grupo de las normas justificativas, (833) y encuentra su apoyo objetivo en el principio del interés preponderante, donde en una colisión de bienes jurídicos triunfa aquel al cual el orden jurídico le concede mayor importancia, sin tomar en cuenta su naturaleza.

La SCJN, en México, ha reconocido en sus sentencias: "La legítima defensa implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en los que su legitimidad se funda en que se salvaguarda el interés preponderante, y aun cuando cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan son iguales, de todas formas el defensor reestablece el derecho atacado mediante el necesario sacrificio del interés jurídico del atacante." (834)

La legítima defensa es una justificante común, puede invocarla toda persona que acredite la necesidad de la defensa de bienes jurídicos que peligran, porque están ante un ataque actual o imminente. La defensa surge como respuesta a la agresión y se manifiesta en un contraataque.

Se fundamenta en el principio del interés preponderante, por el hecho de que a la conducta del defensor la sociedad y la ley le conceden mayor importancia, a virtud de que se origina por la necesaria defensa del bien que peligra. En la defensa un derecho de la persona que agrede tiene que ser con- tratado forzosamente.

En atención a la naturaleza de los bienes jurídicos que colisionan en esta hipótesis, pueden presentarse los siguientes supuestos, señalando que en todos se da la legítima defensa:

- a) Que el bien que se sacrifica sea de mayor entidad que el que se salva. Por ejemplo, vida y libertad sexual.
- b) Que el valor jurídico que se salvaguarda sea de mayor valía que el que sucumbe. Verbi gratia, vida y salud personal.
- c) Que el interés jurídico sacrificado y el salvado tengan el mismo valor.

El principio del interés preponderante no está en relación con la naturaleza del bien jurídico, puesto que no importa que el bien sacrificado sea de mayor, menor o igual entidad que el salvado; se refiere a la importancia que en el sistema y en la sociedad tienen las conductas contrapuestas.

(833) PUFFENDORF la llegó a considerar como una causa de inimputabilidad. MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad. Problema Capital del Derecho. p. 54 Trabajo de Investigación. Concurso de Investigación Jurídico-Penal del Estado de Durango., México, 1984.

(834) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo XIX, p. 82. Sexta Epoca. Segunda Parte.

MAURACH sostiene: "Por la evidencia con que la relación valorativa entre derecho e injusto habla en favor de la justificación de la defensa, no interesa aquí, en principio, a diferencia de otros derechos de necesidad, una ponderación de los intereses contrapuestos; el derecho no precisa ceder ante el injusto. La defensa se determina, en un principio, atendiendo a la peligrosidad e intensidad del ataque, no al valor del bien atacado." (835)

VILLALOBOS opina que la preponderancia del interés no atiende a la mayor importancia del bien jurídico de la persona injustamente agredida, en relación al del agresor, sino que la valoración no debe establecerse entre bienes o intereses individuales, sino entre los que pertenecen al interés público por el orden y la seguridad. (836)

Continúa diciendo que "la garantía para los derechos de quienes se mantienen dentro de la paz y de la disciplina social, frente al interés público para mantener intangible y seguro al individuo que se ha convertido en un transgresor de la ley y una amenaza pública, pues si es verdad que a todos los hombres se ha garantizado la vida y el disfrute de los mismos bienes jurídicos, esto es mientras observen un mínimo de solidaridad y de respeto para los demás y para la comunidad en que viven, y no hasta el grado de permitirles que destruyan el orden y el bien común al amparo de aquellas garantías." (837)

BETTIOL explica: "Se dirá que no siempre el bien del agredido, tutelado a través de la reacción, es de mayor trascendencia que el lesionado perteneciente al agresor, como en el caso en que se mata para defender un bien patrimonial, pero no hay que olvidar que el cotejo de los intereses en conflicto no se realiza con criterios meramente abstractos y genéricos, sino que se cumple en concreto." (838)

Termina expresando: "No se trata, pues, de una preponderancia cuantitativa, como podría parecer a quienes sostienen el criterio de la comparación de los intereses, sino de una preponderancia cualitativa, y desde este punto de vista el bien del agredido, sólo porque es tal, adquiere una importancia y un significado positivo completamente particular respecto del bien del agresor." (839)

(a) LA DEFINICION.

REYES dice: "En términos generales entiéndese por legítima defensa la reacción tempestiva y adecuada de la agresión actual y antijurídica." (840)
ISLAS opina: "Legítima defensa es la conducta típica racionalmente necesaria para repeler una agresión actual y sin derecho que pone en peligro bienes propios o de terceros." (841)

PAVON VASCONCELOS expone: "La legítima defensa es la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho." (842)

FORTE PETIT es de parecer de que "se puede definir esta causa de justificación (o el contraataque o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aun cuando haya sido provocada insuficientemente." (843)

(835) MAURACH. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, p. 377. Ediciones Ariel. Barcelona, 1962.

(836) VILLALOBOS. Derecho Penal Mexicano, p. 381. Editorial Porrúa, S.A. México, 1960.

(837) Idem.

(838) BETTIOL Manual de Derecho Penal. p. 284. Editorial Uteha. Buenos Aires, 1960

(839) Idem.

(840) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 213. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(841) ISLAS Y RAMIREZ. Lógica del Tipo en el Derecho Penal. pp. 86 y 87. Editorial Jurídica Mexicana. México, 1970. 444. Madrid, 1955.

(842) PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 287. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

(843) FORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 501. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

KÖHLER la entiende como: "La repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o terceras personas contra el agresor, cuando no traspasa la medida necesaria para la protección." (844) La SCJN sostuvo: "La acción de defensa es el acto de repeler un ataque injusto." (845)

Para FLORIAN es la causa de justificación que existe cuando el autor cometi6 el hecho por haber sido constreñido a rechazar de sí, o de otro, una violencia actual e injusta. (846) En otra ejecutoria para la SCJN: "Se entiende por legítima defensa, la que es necesaria para rechazar un ataque antijurídico, actual, dirigido al que se defiende o contra un tercero." (847)

VON LISZT la entendió así: "La defensa estimada necesaria para repeler una agresión actual y contraria al Derecho, por medio de una lesión contra el agresor." (848) En la SCJN se sostuvo: "Se entiende por legítima defensa la acción que es necesaria para evitar o repeler un ataque por parte del que se defiende, contra un tercero." (849)

En otra ejecutoria, el Alto Tribunal mexicano manifestó: "Se entiende por legítima defensa, la que es necesaria para repeler un ataque antijurídico, actual, dirigido al que se defiende o contra un tercero. Es decir, que la situación fundamentadora de la legítima defensa se caracteriza por el ataque actual y antijurídico." (850)

Otra de las opiniones de la SCJN es en el sentido de que "por legítima defensa se entiende la acción que es necesaria para repeler un acontecimiento real y grave por parte de quien se defiende." (851)

El Código Penal colombiano en su artículo 29 numeral 4o. dice que la conducta se justifica cuando se comete: "Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o imminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión."

El artículo 15 del CPF, en su fracción III requiere de: "Repeler el acusado una agresión real, actual o imminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende."

Por mí, una definición preliminar de la legítima defensa sería la siguiente: Es la conducta típica, formal y materialmente antijurídica, que es desplegada para defender un bien jurídico propio o ajeno, de un ataque actual o imminente, que el ordenamiento legal justifica a virtud de un interés preponderante.

(b) LOS ELEMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Para desglosar los elementos que se requieren para que exista la legítima defensa, voy a tomar en consideración los requisitos que pide el CPF en la fracción III, de su artículo 15; de esta manera, ire tratando los aspectos que están relacionados con esta norma justificativa.

La redacción legal es la siguiente: "Repeler el acusado una agresión real, actual o imminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende."

(844) KÖHLER citado por PAVON VASCONCELOS Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 287. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

(845) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo LX, p. 87. Sexta Epoca. Segunda Parte.

(846) FLORIAN. Parte General de Derecho Penal, p. 531. Milano, 1934.

(847) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo CXLX, p. 2128. Sexta Epoca. Segunda Parte.

(848) VON LISZT. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. p. 335. Madrid. 1955.

(849) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo X, p. 83. Sexta Epoca. Segunda Parte.

(850) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo CXLX, p. 2128. Sexta Epoca. Segunda Parte.

(851) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo CXXI, p. 2345. Sexta Epoca. Segunda Parte.

El desglose será así: 1. Repeler. 2. Agresión real, actual o inminente y sin derecho. 3. Defensa de bienes jurídicos propios o ajenos. 4. Necesidad racional de la defensa empleada. 5. No medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona que se desfiende.

1. Repeler. La repelición es la esencia misma de toda clase de defensa y consiste en el contraataque o rechazo a que obliga la agresión; con ella es lesionado o puesto en peligro el bien jurídico del agresor.

2. Agresión real, actual o inminente y sin derecho. El ataque al bien jurídico se entiende como agresión, ofensa que puede ser grave o leve. Los Altos Tribunales han definido este elemento como: "La enbestida, ataque o actividad injusta." (852) La agresión puede darse por conducta activa u omisiva.

La han definido como: "El movimiento corporal voluntario del sujeto que amenaza lesionar o lesiona bienes jurídicamente tutelados; (853) como: "La conducta que un ser viviente que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos", (854) o como: "La amenaza de lesión inminente de intereses jurídicamente protegidos." (855)

FORTE PETIT la entiende como la conducta con la cual se pone en peligro un bien jurídicamente tutelado. (856) El TSJDF considera que es toda acción ofensiva para causar un mal que comprometa o ponga en peligro la persona o los derechos de alguno. (857)

Esa agresión debe ser real lo que, de acuerdo con el diccionario, significa que tiene existencia verdadera y efectiva; es decir, que atendiendo a la prescripciones legales, el ataque no es válido si solamente es presunto. En mi concepto este requisito no debe ser incluido en la fórmula legal.

El fundamento subjetivo de la legítima defensa lo es el derecho a defenderse (cuando es propia), o bien una relación de interdependencia social, cuando se defienden bienes jurídicos de terceros. En el primer caso el defensor sí que puede asegurarse de que la agresión sea real, efectiva, verdadera.

Empero, en la segunda hipótesis si esperase a corroborar que el ataque es real, tal vez la defensa ya sería innecesaria, ante la irreparabilidad o inevitabilidad del daño al bien jurídico. Considero que basta con enunciar a la agresión y sus demás características excluyendo la realidad de la agresión.

Su actualidad o inminencia implica que el ataque está por consumarse o cursa el periodo de consumación, es decir, dura. La agresión debe ser presente y no antes de la repulsa, porque no habría necesidad de la defensa, ni después de este momento porque caeríamos en la venganza. (858)

REYES explica: "No es posible aceptar como actual la agresión futura, ni justificar ante ella la reacción defensiva porque el presunto agredido evitarla de otro modo; por ejemplo, recurriendo a la autoridad; tampoco cabría la exigencia en estudio frente a ofensa pasada, dado que una reacción a posteriori nada pretende defender, pues que la agresión ya se ha producido." (859)

(852) ANALES DE JURISPRUDENCIA. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Tomo XLIII, p. 709.

(853) SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXIII, p. 365.

(854) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. p. 434. Madrid. 1946.

(855) ANTON OBECA. Derecho Penal. Tomo I. p. 243. Madrid. 1949. MAURACH. expone que es la lesión producida por un sirviente, de intereses jurídicamente protegidos. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, p. 377. Ediciones Ariel. Barcelona, 1962.

(856) FORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 504. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(857) ANALES DE JURISPRUDENCIA. Tomo IV. p. 223.

(858) REYES no acepta aquel que apenas se vislumbra como probable ni el que ya se ha consumado. Derecho Penal. Parte General. p. 218. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(859) REYES. Op. cit., p. 217.

Un elemento más es que esa agresión real, actual o imminente, sea también sin derecho, es decir, que el que acomete o ataca no tenga ningún fundamento jurídico para ello, según sentencian los Altos Tribunales. (860) Que el agresor no esté facultado para actuar por una norma jurídica. (861)

"Además de actual --en la opinión de REYES--, la violencia debe ser injusta, vale decir, antijurídica, contraria a Derecho; lo que no significa necesariamente que deba constituir por sí misma delito; basta con que sea contraria a un interés legítimo, a un derecho personal legalmente reconocido." (862)

Se concluye en esta norma justificativa una antijuridicidad especial tipificada o elemento subjetivo, requisito que es la esencia misma de la conducta antijurídica y que al presentarse hace posible la existencia de la legítima defensa, atendiendo a los cánones legales.

Los Altos Tribunales mexicanos sostienen este criterio: "La agresión debe ser violenta y antijurídica, o sea, que la acción debe dirigirse a rechazar ataques impetuosos o ilícitos, sin derecho; debe constituir un peligro inminente, en tal forma, que sea factible que el daño se realice, si no se provee a la defensa." (863)

Ahora bien, estos requisitos analizados nos llevan a plantear el problema de las personas en la legítima defensa. La ley no hace distinciones en cuanto a la calidad o a la cantidad del agresor o del defensor, pudiendo asumir este papel cualquier individuo, sin restricciones de especie alguna.

REYES dice: "La agresión puede provenir de cualquier persona, incluso de los llamados inimputables (menores, enfermos de mente) y de quienes gozan de inmunidad." Concluye que "por lo mismo también puede legítimamente defenderse cualquier persona, independientemente de su edad y de su estado mental." (864)

La actuación de los servidores públicos que están investidos de autoridad también puede ser legítima, sin derecho, antijurídica, cuando trascienda los límites de su imperium; por lo tanto, ante su comportamiento de esta naturaleza el particular puede alegar a su favor la legítima defensa. (865)

En cuanto al número de personas, encontramos tres supuestos: 1) En la legítima defensa propia actúan dos personas: El agresor y el agredido. 2) En la legítima defensa a favor de terceros, se darán cita tres individuos: Agresor, agredido y defensor. 3) Cuando se defiende a quien se agrede en bienes no disponibles, concurren dos sujetos: Autoagredido y defensor.

3. Defensa de bienes jurídicos propios o ajenos. La tutela de esta justificante se extiende a todos los valores jurídicamente amparados, sean del defensor o de otra persona a quien defenderá, inclusive si se está autoagrediendo en bienes no disponibles. Con ello la protección abarca la defensa propia y a favor de terceros.

(860) ANALES DE JURISPRUDENCIA. Tomo XVI. p. 370. En otra ejecutoria sostuvieron: "Para que quede debidamente probado el ejercicio del derecho de legítima defensa, se requiere que el acusado, al obrar, lo haya hecho colocado en determinadas circunstancias, tales como que la agresión de que fue objeto y lo impulsó a obrar, sea injusta, pues de otra manera el derecho de rechazarla no existiría". SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo LXXXIX, p. 2200.

(861) ISLAS. Análisis Lógico de los Delitos contra La Vida. p. 53. Editorial Trillas, México, 1982.

(862) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 217. Universidad del Exterado de Colombia. Bogotá, 1984.

(863) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo LXIII, p. 917.

(864) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 217. Universidad del Exterado de Colombia. Bogotá, 1984.

(865) Así opina REYES Op. cit., p. 217. SISCO. La Defensa Justa. p. 135. Editorial Atenor. Buenos Aires, 1949. PEREZ. Derecho Penal. TOMO I. Parágrafo 236. p. 204. Editorial TUP S. Bogotá, 198.

"Son susceptibles de tutela todos los bienes que pertenezcan a la persona y cuyo goce sea amparado por la ley, tales como la integridad personal, el honor, la propiedad y la libertad," sostiene REYES. (866) Recalcando que en algunos casos el honor ofrece serias dificultades, por ser un concepto de naturaleza relativa y variable.

La defensa puede dirigirse a un derecho ajeno. FLORIAN expone que "es un criterio justo en el que se encuentra consagrado el principio de la cooperación de los ciudadanos para la mutua asistencia jurídica y para la actuación del derecho." (867)

La defensa realizada en favor de un bien jurídico de terceros deriva de las relaciones de interdependencia social y de un deber general de obrar que impone el artículo 340 del CPF de prestar auxilio o dar aviso a la autoridad, cuando una persona se encuentre amenazada de un peligro cualquiera.

4. Siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada. A este respecto se encuentran múltiples y variadas opiniones. El requisito intenta marcar los límites de la reacción al ataque, los clásicos lo llamaron *moderamine inculpate tutelae*.

Para WELZEL, la reacción puede ir tan lejos, como sea necesaria para la defensa real de la agresión, pero no más allá de lo que sea absolutamente necesario para ello. (868) La necesidad es independiente de una proporcionalidad entre el bien agredido y la lesión necesaria para su protección. (869)

ANTON ONECA piensa que lo interesante no es la comparación de los medios de ataque y contraataque, sino de los bienes jurídicos agredidos por ambas partes y la intensidad del ataque. Así debe existir una comparación entre los bienes que colisionan. (870)

PORTE PETIT explica que "no debe entenderse que existe racionalidad, cuando hay proporcionalidad de los medios, pues puede haber desproporcionalidad, y sin embargo, existir la racionalidad del medio empleado." (871) (Proporcionalidad de los medios empleados).

CAVALLO es de opinión de que debe existir proporcionalidad entre medios y bienes, atendiendo al grado y a la intensidad de la reacción y que el principio que debe ser considerado es aquel que nos indica "que el medio debe ser proporcionado al fin, como también el balanceamiento de los intereses." (872)

5. Y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona que se defiende. Este, como el anterior, es un requisito que no debe ser exigido, dado que su valoración equivocada podría invalidar verdaderos casos de legítima defensa, propiciando la injusticia.

Debe determinarse por la autoridad en cada caso concreto cuando hay necesidad racional de la defensa empleada, relacionando agresión, bienes, medios y contraataque, para decidir si se justifica el sacrificio del bien jurídico perteneciente al agresor o la conducta del defensor conserva su calidad de antijurídica.

(866) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 215. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984. Dice que en una injuria, la lesión ya ha sido causada y la reacción sería un acto de venganza, quedando fuera del beneficio de la excluyente.

(867) FLORIAN. Parte General del Derecho Penal, Tomo I, p. 524. Editorial Ariel. Barcelona. 1962.

(868) WELZEL. Derecho Penal Alonán. p. 125. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1970. Derecho Penal, p. 93. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1956.

(869) WELZEL. Derecho Penal, Op. cit., p. 93.

(870) ANTON ONECA. Derecho Penal. Tomo I. p. 246. Madrid. 1949.

(871) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 521. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(872) CAVALLO. Diritto Penale. Tomo II. p. 667. Napoli, 1955.

REYES indica: "En todo caso la valoración judicial de esta adacuación ataque-defensa, aunque obviamente se realiza *ex post facto*, requiere por parte del funcionario que deba calificarla un juicio ex ante, vale decir, un esfuerzo mental que lo sitúe debidamente en el escenario de los hechos, en forma tal que su decisión se ajuste en la medida de lo posible a la situación vivida por los protagonistas." (873)

Atendiendo al cúmulo de pruebas acumuladas en la relación procesal penal, la autoridad ministerial, resolverá sobre el ejercicio de la acción penal, si no reunió las probanzas suficientes, consignará para que la autoridad judicial comparezca.

(c) EL ANIMO EN LA LEGITIMA DEFENSA.

Con respecto a la situación problemática que representa el hecho de que determinemos si en la legítima defensa debe exigirse la presencia de un ánimo especial, tenemos que la doctrina tradicional del delito expone lo siguiente:

1. Que la persona que actúa como defensor de bienes jurídicos propios o ajenos que son atacados, debe tener un *ánimus defendendi*, es decir colocarse en una situación anímica especial que lo impulse a defender esos valores.
2. Que no es necesario que el individuo que actúa en defensa de valores jurídicos propios o ajenos que son atacados no debe tener un ánimo de defensa, sino que basta con que objetivamente se aloque a defender el bien agredido.
3. Que es necesaria la concurrencia del propósito de la defensa, aunque también puede darse otra clase de ánimo en el sujeto que despliega su comportamiento para la salvaguarda de valores jurídicos propios o ajenos.

PORTE PRETIT sin aburrirse en explicaciones, dice que pueden presentarse las siguientes hipótesis, cuando un sujeto que es agredido injustamente, ocasiona lesiones u homicidio con su reacción:

- a) Que obra con ánimo de defensa.
- b) Con ánimo de defensa y otro ánimo.
- c) Con ánimo distinto al de defensa, sabiendo que se encuentra ante una agresión injusta.
- d) Con ánimo distinto al de defensa, desconociendo que se encuentra ante una agresión injusta. (874)

JIMENEZ DE ASIA opina que debe exigirse el *ánimus defendendi*, para diferenciar a la legítima defensa del ataque, en el cual basta la voluntad de agredir. "Cuando no haya voluntad de agredir nos encontramos con la defensa putativa; cuando no hay ánimo de defensa, nos hallamos ante el pretexto de la legítima defensa." (875)

La CCJN dijo: "La aseveración del reo, de no recordar haber hecho el disparo ni de haber tenido el propósito de disparar con la finalidad de ahuyentar o contrarrestar la gravedad de una agresión, da a entender, tácitamente, que no obró al influjo de un propósito de contrarrestar la gravedad de una agresión y, por lo tanto, no se operó la circunstancia subjetiva esencial constitutiva de la legítima defensa." (876)

(873) REYES. *Derecho Penal*. Parte General. p. 219. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984. "Hay casos en que resulta lícito matar para defender el honor sexual (la mujer que dispara contra quien pretende violarla, si resulta imposible evitar de otra manera la agresión) y casos en que, siendo en abstracto manifiesta la desproporción instrumental entre ofensa y defensa, esta última es, no obstante, lícita, como cuando un menor responde con una zana de fuego al ataque que con los puños le infiere un campeón de boxeo.

(874) PORTE PRETIT. *Apuntes de la Parte General de Derecho Penal*. p. 537-538. Editorial Aurora, S. A. México, 1979.

(875) JIMENEZ DE ASIA. *La Ley y el Delito*, p. 295. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(876) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo CXIX, p. 3273. En otras ejecutorias se dijo: "El móvil de la conducta del reo no necesariamente es el de defensa legítima, en la que existe el ánimo de rechazar la agresión, si en dicha conducta influyó sólo la venganza". "Si el acusado obró impulsado por la ira y no con ánimo de repeler simplemente la agresión, aun dentro de la hipótesis de exceso en la defensa, habría un exceso doloso que conduce a referir el hecho como intencional". En los tomos CXI, p. 2069 y CXIII, p. 931.

La fracción III del artículo 15 del CPF, en mi manera de ver, exige el ánimo de defensa en su texto, pues dice: "Repeler el acusado una agresión, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos...". Toda vez de que no habla simplemente del contraataque, de responder a la agresión, sino que exige que sea en defensa de los bienes.

En mi opinión está perfecto que en la ley se pida como elemento subjetivo de esta causa de exclusión de la antijuridicidad el *ánimus defendendi*, porque considero que es la esencia misma de la justificante y de ella toma su nombre la legítima defensa, además de que es el único que puede contrarrestar el *ánimus offendendi* del atacante.

La persona que agrede los bienes jurídicos que pueden ser objeto de la defensa obre con un propósito de ofender esos valores o su actuación puede ser culposa y provocar el ataque. Es decir, puede desplegar su conducta con un *ánimus offendendi* o con otro distinto, aunque de cualquier manera hace peligrar intereses ajenos.

En cambio, quien pretende amparar su conducta en la legítima defensa como causa que excluye la antijuridicidad, siempre debe dirigir su actuación hacia la defensa de bienes jurídicos que se encuentran ante un peligro; aunque también puede suceder que además del propósito de defensa tenga otro distinto, que no anula la causal.

La conducta ofensiva tiene como elementos constitutivos a los siguientes: a) El objetivo: Que se comprende como la agresión al bien jurídico. b) El subjetivo: Que es el ánimo de ofender ese valor amparado. Puede suceder que se presente el elemento objetivo en ausencia del subjetivo, como en la conducta culposa.

La conducta defensiva, en cambio, está constituida por los siguientes elementos: a) El objetivo: Que se entiende como el contraataque a la agresión. b) El subjetivo: Que se traduce en el ánimo de defender el valor agredido, que podría concurrir con otro ánimo, sin que esto invalide la legítima defensa.

No se puede obrar en defensa del bien jurídico sin repeler la agresión, aunque siempre se manifieste en un contraataque y no toda repelición da lugar a la legítima defensa, puesto que bien pueden originar la venganza. Por ello el *ánimus defendendi* es necesario en la legítima defensa.

Bien puede actuar el defensor con el ánimo de defensa y con otro cualquiera, lo cual no invalida la defensa legítima. Así como tampoco es necesario que tenga conocimiento de que está ante una agresión injusta o que sepa que la causal operará en su favor, basta con que actúe con el propósito de defender un bien jurídico.

(d) LA SITUACION PROBLEMÁTICA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

En este apartado habrá de incluir una serie de hipótesis que se presentan en el momento en que relacionamos la legítima defensa con otras figuras jurídicas y que son de suma importancia en la resolución de las cuestiones que se nos dan en la práctica procesal penal, puesto que suelen tenerse confusiones a menudo.

Constantemente se pregunta si procede alegar legítima defensa en contra de quien actúa bajo el amparo de una causa de justificación. La regla es que no pueden coexistir las justificantes. Las conductas del agresor y del defensor presuntas no pueden ser igualmente justas, alguna de las dos resultará ser injusta. (877)

La legítima defensa en contra de una conducta lícita es improcedente. Si una persona al actuar lícitamente coloca en peligro un bien jurídico, quien trate de defenderlo no actúa en legítima defensa, sino ante un estado de necesidad, toda vez de que no existe la agresión y si se presenta un peligro.

(877) PORTE PETIT comparte esta opinión y nos explica: "No procede una causa de licitud en contra de una causa de licitud. En consecuencia no cabe la legítima defensa en contra de una conducta lícita o sea, contra el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber, etc." *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. p. 510. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

En contra de una actuación culposa que pone en peligro un bien jurídicamente tutelado, tampoco puede alegarse la existencia de la legítima defensa, sino el estado de necesidad, porque en la conducta falta el *ánimus offendendi* y por lo tanto, no puede hablarse de agresión, aunque sí existe el peligro.

No se da la legítima defensa en contra del exceso en la legítima defensa, porque el agresor que se defiende de un exceso en la defensa del agredido actúa amparado por una causa de inculpabilidad que se funda en la no exigibilidad de otra conducta, puesto que a ninguno le es exigible sucumbir ante una situación semejante. (876)

Si la persona que provoca la agresión al bien jurídico no tiene capacidad para comprender el carácter ilícito de su conducta, no procede tampoco la legítima defensa, como piensan algunos autores, sino el estado de necesidad, en virtud de que falta el *ánimus offendendi* y no hay agresión, solamente peligro. (879)

En cambio, si la persona incapaz repole la agresión injusta, sí opera a su favor la legítima defensa como causa de justificación, porque aunque el sujeto está privado de su capacidad de querer, tiene íntegro su instinto de conservación, que lo llevará a la defensa de los bienes jurídicos y se asemeja al *ánimus defendendi*. (880)

La legítima defensa es procedente ante la actuación de una persona que actúa inculpablemente, bien sea coaccionado, ante una no exigibilidad de otra conducta o una irreprochabilidad, si es que en estos casos existe el *ánimus offendendi*, que derive en una agresión injusta, aunque no culpable. (881)

En contra de los ataques de los animales no procede la legítima defensa, bien sea que la bestia actúe instintivamente o que una persona lo abuse para que agreda, en virtud de que el bruto no puede actuar con el ánimo de ofender, que es propio del individuo, tal y como lo sería la voluntad. Aquí se presenta el estado de necesidad. (882)

La legítima defensa y la defensa putativa sí pueden coexistir a favor del sujeto que actúa en contra de quien cree que es su injusto agresor opera una ausencia de conducta por error de justificación y en beneficio de quien repole este ataque, procede la legítima defensa, si prueba que obró con *ánimus defendendi*. (883)

La mira y la legítima defensa no pueden coexistir. Quien ha aceptado la contienda de obra, actúa con *ánimus offendendi* o *nocendi* y a la vez, ha provocado la agresión a sus bienes jurídicos, por lo tanto la legítima defensa no opera en favor de alguno de los rixosos, aunque aleguen un ánimo de defensa. (884)

La defensa putativa recíproca, da lugar a que los individuos que actúan ante un error de justificación, creyendo estar ante una legítima defensa, sean beneficiados por una ausencia de conducta y no debe atenderse a la antijuridicidad de los comportamientos. (885) Si el error es vencible, responderán a título de intención indirecta.

(878) A este respecto ver: VOZ LISZT. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. p. 333. Madrid. 1927. MAGGIORE. *Derecho Penal*. Tomo I., p. 418. Editorial Temis. Bogotá, 1954. PANZANI. *Manuale di Diritto Penale*, Tomo II, p. 482. Reno, 1942. CAVALLIO. *Diritto Penale*. Tomo II. p. 664. Napoli, 1955. ANGLI-SEI. *Manuale di Diritto Penale*, Tomo I. p. 211. Milano, 1955. JIMENEZ HUERTA. *La Antijuridicidad*. p. 299. Imprenta Universitaria. México, 1952. PORTE PETIT. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. p. 510-511. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(879) PORTE PETIT. *Op. cit.* p. 511-512. MANZINI. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. pp. 101 y ss. Buenos Aires, 1949.

(880) BATTAGLINI. *Diritto Penale*. pp. 235-236. Padova, 1949. PORTE PETIT. *Op. cit.* p. 512-513.

(881) PORTE PETIT. *Op. cit.* p. 513.

(882) *Idem*.

(883) PAVON VASCONCELOS. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Parte General, pp. 296-297. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974. MANZINI. *Op. cit.* p. 101. PORTE PETIT. *Op. cit.* p. 530-531.

(884) PAVON VASCONCELOS. *Op. cit.* 296.

(885) PORTE P. *Op. cit.* p. 531.

En el caso de una defensa putativa culposa recíproca, ambos individuos serían responsables de un delito cometido con intención indirecta, en virtud de que no puede favorecerles la ausencia de conducta, como aspecto negativo del delito. (886)

Si una persona interviene en defensa de un sujeto al que cree agredido, su intervención da lugar a una ausencia de conducta fundada en un error de justificación y no debe atenderse a la antijuridicidad de su conducta. En cambio, si resulta que el error es venible, responderá por delito cometido con intención indirecta. (887)

Cuando una persona que actúa en defensa de un bien jurídico yerra en el golpe (aberratio ictus), en la persona (aberratio personae) o con respecto al verdadero agresor, el *ánimus defendendi* con el que guía su conducta, prevalece la legítima defensa y el error es irrelevante. (888)

Por otro lado, se discute la legítima defensa y la omisión. Si la conducta omisiva pone en injusto ataque al bien, la conducta que contra ella se despliegue es amparada por la justificante, sin que exista mayor problema para resolver esta cuestión, si existen los elementos necesarios para que opere. (889)

(e) LAS PRESUNCIONES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

En las partes segunda y tercera del párrafo III del artículo 15 del CPF se habla de las presunciones de legítima defensa. REYES las llama "defensas privilegiadas o presuntas." (890) Debe ser una presunción *iuris et de iure*, porque admitir las probanzas en contrario, anularía los efectos de la justificante, creando impunidad. (891)

Han sido creadas específicamente para proteger los bienes patrimoniales de las agresiones de que pudieran ser objeto, amparado en la obscuridad de la noche, de quien penetra furtivamente en morada ajena o que ya se encuentre en ella y que por este sólo hecho, presupone la inminente lesión.

PAVON VASCONCELOS nos explica que estas presunciones de legítima defensa "tienen su origen en tiempos remotos, concretamente en Las Partidas, debido a la inseguridad reinante en los campos y en las ciudades", y defiende el hecho de que en nuestros tiempos subsistan, ya que las causas que les dieron origen perviven. (892)

(886) PORTE PETIT. *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*. p. 531. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(887) *Ibidem*.

(888) JIMÉNEZ DE ASUA. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III., p. 267. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1953. JIMÉNEZ HUERTA. *La Antijuridicidad*. pp. 291-292. México, 1952. ANJON OMECA. *Derecho Penal*. p. 241. Madrid, 1949. MEZGER. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. p. 441. Madrid, 1946. PORTE PETIT. *Op. cit.* p. 532-534.

(889) VON LISZT. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. p. 332. Madrid, 1927. PORTE PETIT. *Op. cit.* p. 535.

(890) REYES. *Derecho Penal*. Parte General. pp. 219 y ss. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(891) REYES opina que en la legislación colombiana la presunción admite que el acusado rinda prueba en contrario, para destruir la presunción de la legítima defensa. En mi concepto, es una posición errada, porque ante esta agresión, el defensor no va a esperar a que ocurra el ataque o a ponerse a preguntarle al agresor a qué va a su casa. *Op. cit.*, p. 220.

(892) PAVON VASCONCELOS. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Parte General, p. 294. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974. VILLALOBOS expresa: "La ley no ha hecho, pues, para estos casos de verdadera angustia, sino consagrar y reconocer la legitimidad de un procedimiento racional, previniendo vacilaciones y posibles injusticias que, de no interponerse una presunción legal favorable, de sobra sabíamos que ocurrirían al exigirse al acusado presentara pruebas directas, irrefragables e irrefragables de una agresión real y que amenazara con daños conocidos o determinados, para juzgar si eran de mucha o de poca importancia comparados con el que causó el agresor, si aquellos daños eran ((fácilmente reparables después por otros medios legales)), etc. Sin esos preceptos, aun cuando varios extraños estuvieran escalando muros, forzando las cerraduras o rompiendo las puertas, aun se podría decir que no habría qué propósitos les quitaban" *Derecho Penal Mexicano*, p. 361. Editorial Porrúa, S.A. México, 1960.

En realidad, por las condiciones de inseguridad en que se vive en los tiempos actuales, al menos en esta ciudad, es pertinente que si se quieren conservar en el texto legal las presunciones de legítima defensa, tengan la característica de ser presunciones de pleno derecho, es decir que no se admita la prueba en contrario.

Las citadas presunciones legales se enuncian así: "Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio en donde se encuentran bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión."

"Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentran bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión."

La redacción legal de estas presunciones hace gala de una notoria imprecisión y de un profundo desconocimiento de la esencia de la legítima defensa. A mi juicio, basta con la fórmula general de esta justificante, en cuyos elementos debe quedar comprendida toda esta maraña jurídica.

Es obvio que quien trata de penetrar en una casa-habitación, por medios violentos o del escalamiento, no va de visita y que esta actitud presupone el peligro inminente para los bienes jurídicos que se encuentran en esos lugares. Además, por las relaciones de interdependencia social, todos estamos obligados a defender los valores de todos.

Si alguno sorprendiese a otro en estas actitudes, máxime si es en la noche o está armado, por ejemplo, la mínima reacción que puede esperarse de él, es que intente la defensa de los bienes a través del contraataque que, a todas luces reunirá las características de una defensa legítima.

Puntadas legales como esta, propician la impunidad, al exigirle al defensor de los bienes que pruebe situaciones que notoriamente se dan o de permitirse al agredido (que fue injusto agresor), que compruebe que solamente "iba a tomar agua" a esa habitación, porque siempre habrá trampas para hacerlo.

Es increíble que el Código Penal vigente conserve instituciones tan incoherentes y que la jurisprudencia no haya hecho lo posible por acabar con ellas. La doctrina debe pugnar por proponer resoluciones concretas a problemas legales como estos, que solamente se convierten en trampas para los verdaderos ofendidos.

La legítima defensa, como el resto de la normas justificativas, básicamente están fundamentadas en situaciones en las cuales la tutela del Estado no puede alcanzarse al individuo y si se sienta a esperar, la lesión o la destrucción de sus bienes jurídicos será irremediable o irreparable.

Es precisamente por las condiciones de inseguridad de todo tipo que se viven en esta ciudad, que en determinadas situaciones el estado tenga que reconocer que es inepto para proteger los bienes jurídicos de las personas y que les justifique ciertas conductas antijurídicas.

Sólo le queda al estado escoger una de los situaciones: Procura que los servidores públicos idóneos protejan los bienes jurídicos de las personas y con ellos los de seguridad los ciudadanos, o bien, se deja de hacer presunciones legales incoherentes y permite que ellos se hagan justicia de propia mano.

(164) EL ESTADO DE NECESIDAD.

Para explicar la naturaleza del estado necesidad, una de las posturas de la teoría tradicional del delito, nos dice que esta justificante se encuentra fuera de la órbita del Derecho Penal; FITCHE indica que inmolarse a otro en defensa de la propia vida no es conforme ni contrario a Derecho; es algo que se sale del mismo. (893)

Otra postura sostiene que el estado de necesidad se justifica por razones subjetivas; la persona tratando de evitar un mal inmediato en el bien jurídico que peligra, no se preocupa del mal mediato (pena) que su conducta genera, la pena que se pudiere imponer es inútil, por injustificable. (894)

HEGEL expone que el estado de necesidad es intrínsecamente justo; de no permitir a un individuo salvaguardar su vida en peligro, es negarle de golpe todos sus derechos. (895)

REYES expone: "Modernamente se afirma que el fundamento de esta causal varía según la naturaleza jurídica de los bienes en conflicto; así, si el bien sacrificado es menor del que se amenaza, el hecho es lícito por falta de antijuridicidad; y si los bienes en conflicto son de igual valor, el hecho, siendo lícito, no es punible por falta de culpabilidad." (896)

Esta institución, bien sea como justificante o como exculpante, encuentra su fundamento subjetivo en el instinto de conservación y en el Derecho a la defensa de los bienes jurídicos de que goza todo ser humano. Aquí encuadra perfectamente aquella frase común que postula que "la necesidad no conoce la ley."

Su fundamento objetivo lo encontramos en la inminente necesidad de salvar un valor jurídico que se encuentra ante un peligro; si el interés que se salva es de mayor entidad que el que sucumbe, estamos ante un estado de necesidad como norma justificativa; en la hipótesis contraria, nos encontramos frente a una causa de inculpabilidad.

Si lo tomamos como una norma justificativa, su apoyo objetivo se sostiene en el principio del interés preponderante; en el cual se presenta una colisión entre bienes jurídicos tutelados y triunfa aquel que tiene mayor interés en el ordenamiento, en atención a su naturaleza extrínseca.

El estado de necesidad se comprende entre las justificantes comunes, en donde se enfrentan dos valores tutelados para salvar a uno de ellos del peligro, situación que puede provenir de la naturaleza, de los animales o del hombre y pudiendo alegar el beneficio cualquier persona que esté ante esa hipótesis.

ZAFFARONI anota: "El tipo permisivo del estado de necesidad descansa sobre el fundamento de la necesidad de salvar un interés mayor sacrificando el menor. A qué el orden jurídico, en razón de la cuantificación de la lesión, permite la lesión de menor cuantía." (897)

(893) Citado por REYES *Derecho Penal*. Parte General. p. 208. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984. Cfr. JIMENEZ DE ASUA. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. p. 330. Editorial Losada. S.A. Buenos Aires. 1953.

(894) Al parecer KANT el primero que sostuvo esta postura en su obra *Jus Necessitatis*. IX. p. 37. Editorial Rosenkranz. Lo citan REYES. *Derecho Penal*. Parte General. p. 208. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984. y JIMENEZ DE ASUA. Op. cit. p. 333.

(895) Esto sostiene HEGEL en su obra *Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho*. Editorial Claridad. Buenos Aires, 1937. Citado por REYES. Op. cit. p. 208. y JIMENEZ DE ASUA. Op. cit. p. 350.

(896) REYES. Op. cit. p. 245. En el mismo sentido ver: MEZGER. *Tratado de Derecho Penal*. Venc. I. p. 448. Madrid, 1955. CUELLO CALÓN. *Derecho Penal*. p. 369. Editorial Bosch. Barcelona, 1960.

(897) ZAFFARONI. *Teoría del Delito*. p. 489. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1963. El autor está confundido, toda vez de que el estado de necesidad no permite, sino justifica o exculpa. Tampoco se cuantifica la lesión, sino el valor del bien.

REYES indica: "Nos parece que el fundamento de tal fenómeno es la consideración social y legal de quien actúa en las condiciones propias del estado de necesidad no merece reproche alguno porque cualquiera en situación semejante habría actuado de la misma manera, o en otras palabras, porque no sería justo exigirle comportamiento diverso a quien se enfrenta al angustioso dilema de sufrir grave daño o perder la vida para permitir que otro se salve, o sacrificar la de otro para conservar la suya. Y este planteamiento es válido con prescindencia de la igualdad o desigualdad de los bienes en conflicto." (898)

En México, los Altos Tribunales han sostenido en sus ejecutorias lo siguiente: "El estado de necesidad es una condición tal, que la salvación de la persona o de los bienes necesita la ejecución de un acto en sí mismo delictuoso." (899) "Se caracteriza, el estado de necesidad porque en él dos bienes jurídicos, en principio igualmente respetables, se ponen en conflicto y uno de ellos, por cualquier circunstancia, es sacrificado para que el otro se salve." (900)

Entiendo que actúa amparado por el estado de necesidad como justificante, quien para salvar un bien jurídico protegido por la ley y de mayor entidad que se encuentra en peligro, lesiona o destruye otro de menor jerarquía, igualmente tutelado en el sistema jurídico y ello anula la anti-juridicidad de su conducta.

El estado de necesidad encierra complejos problemas para quien no lo comprende en toda su magnitud, porque si bien se lo considera como justificante, también hay que decir que en determinados casos puede ser exculpante (como todas las normas justificativas), cuando se coloque en el supuesto de la "no exigibilidad."

Al respecto existen dos posturas para fijar la naturaleza del estado de necesidad, a saber: a) La unitaria, que pugna por considerar que siempre adquiere sólo la calidad de norma justificativa o de causa de inculpatibilidad. (901) b) La diferenciadora, que estima que puede ser causa de justificación o de inculpatibilidad según el caso concreto. (902)

FORTE PETIT explica: "Consideramos que no debe aceptarse el criterio unitario, porque no soluciona en forma total el problema en virtud de que en realidad el estado de necesidad funciona como causa de licitud o de inculpatibilidad; afirmación anterior que tiene su base doctrinal en la valuación de los bienes jurídicos en conflicto." (903)

En realidad todo se resuelve satisfactoriamente cuando recordamos que pueden presentarse tres hipótesis con relación al valor de los bienes jurídicos que colisionan, a saber:

A) Que el bien jurídico sacrificado sea de mayor jerarquía que el salvado. Aquí estaremos en presencia de una norma justificativa, fundada en el principio del interés preponderante, que se llama estado de necesidad.

B) Que el valor tutelado que se salva sea de la misma entidad que aquél que sucumbe. Nos orientamos ante una exculpante, basada en la no exigibilidad de otra conducta, ante un estado de necesidad, en el cual triunfa la norma de deber sobre la norma jurídica.

(898) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 245. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984. En mi consideración, el reproche y la exigibilidad, solamente funcionan en la culpabilidad.

(899) ANALES DE JURISPRUDENCIA. Tomo XIII, p. 694

(900) ANALES DE JURISPRUDENCIA. Tomo XIV, p. 243

(901) En este sentido PANJAIN. Manuale di Diritto Penale, p. 446. Rome, 1942. MAGGIORIE. Derecho Penal. Tomo I. p. 421 y ss. Editorial Temis. Bogotá, 1954.

(902) En este parámetro ubicamos a: REYES. Op. cit. p. 208 y ss. FORTE PETIT. Apuntes de la Parte General de Derecho Penal. p. 540-541. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979. JIMENEZ DE ASLA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Editorial Losería. S.A. Buenos Aires. 1953.

(903) FORTE PETIT. cit. p. 208 y ss.

C) Que el interés jurídico que se salvaguarda sea de mayor valía que aquél que es lesionado. Evidentemente en este supuesto nos encontramos en presencia de una conducta antijurídica que no se justifica, aunque podría ser exculpada, atendiendo a las circunstancias concurrentes. (904)

JIMENEZ DE ASUA Sostiene que "corresponda al dogmático decidir que unas veces, cuando el conflicto sea entre bienes desiguales el estado de necesidad es una causa de justificación, mientras que, otras cuando colisionan dos bienes iguales, será una causa de inculpabilidad." (905)

(a) EL CONCEPTO DEL ESTADO DE NECESIDAD.

Nos dice PORTE PETIT que este es un instituto bastante arduo, que han sido elaboradas con relación a su concepto un sinnúmero de definiciones. El da la siguiente: "Estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley." (906)

Para CUELLO CALON: "El estado de necesidad es una situación de peligro actual e inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona." (907)

ISLAS considera: "'estado de necesidad es la conducta racionalmente necesaria para salvar bienes propios o de tercero, que se encuentran en peligro grave de ser lesionados." (908)

PAVON VASCONCELOS dice: "El estado de necesidad caracterízase por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares; es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación, para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvar el propio." (909)

ALMARAZ lo estimó así: "Una situación de peligro actual, grave e inminente, que fuerza a ejecutar una acción u omisión delictuosas para salvar un bien propio o ajeno." (910)

En el parecer de VON LISZT, el estado de necesidad puede ser explicado como: "Una situación de peligro actual a los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación a los intereses del otro, jurídicamente protegidos." (911)

El Código Penal Colombiano dice que el hecho se justifica cuando se comete: "Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar." (912)

En mi concepto tenemos que definir al estado de necesidad desde dos puntos de vista: Como norma justificativa, es la conducta antijurídica que es depurada para salvar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro actual o inminente, que se justifica legalmente a virtud de que el interés que sucumbe es de menor entidad que el salvado.

(904) MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad. Problema Capital del Derecho., p. 97 Trabajo de Investigación. Concurso de Investigación Jurídico-Penal del Estado de Durango, México, 1984.

(905) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. p. 346 Editorial Losada. S. A. Buenos Aires. 1953.

(906) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 539. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(907) CUELLO CALON. Derecho Penal. p. 368. Editorial Bosch. Barcelona, 1960.

(908) ISLAS. Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida. p. 54. Editorial Trillas, México, 1982.

(909) PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 299. Editorial Porrúa, S. A., México, 1974.

(910) ALMARAZ. Tratado Teórico y Práctico de Ciencia Penal. Tomo II, México, 1948.

(911) VON LISZT. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. p. 352. Madrid. 1955.

(912) Numeral 5º del artículo 29. del Código Penal Colombiano.

Como causa de inculpabilidad, se entiende como la situación en la que colisionan dos bienes jurídicos de la misma entidad y en la cual uno de ellos tiene que sucumbir, para salvar al otro y se exculpa en virtud de la no exigibilidad de otra conducta.

(b) LOS ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD.

Al igual que lo hice en la legítima defensa, para desglosar los elementos del estado de necesidad voy a recurrir a la definición legal que nos da el artículo 15 del CPF en su fracción IV; de esta manera,aré tratanto los aspectos relevante s que se dan con relación a esta norma justificativa.

En primer lugar, tenemos que el CPF la enuncia como una de las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal. Lo cual es un error, como los muchos que contiene la legislación. Este es un aspecto negativo del delito que anula la antijuridicidad y en ausencia del ente jurídico, resulta ocioso estudiar la responsabilidad.

Además, desde mi punto de vista, en todo caso anularía tanto a la responsabilidad penal como a la social y más aún, a la civil proveniente de delito. En los casos en que no pudo demostrarse la existencia de este fenómeno jurídico, es impropcedente la compensación del daño desde la perspectiva penal y civil.

La citada fracción dice así: "Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviera el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance."

El desglose de los elementos será hecho así: 1. Necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno. 2. Peligro real, actual o inminente. 3. No ocasionado intencionalmente por el agente. 4. Ni por grave imprudencia del agente. 5. Que no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro. 6. Siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.

1. Necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno. La necesidad surge porque el valor se encuentra ante un peligro de ser lesionado o destruido. Es la esencia misma de esta justificante y de ella recibe el nombre de "estado de necesidad." La necesidad está enfocada hacia la salvaguarda de ese interés, a sustraerlo del peligro.

Con respecto a los bienes en la doctrina existen diversas posiciones; en el entendido de que anteriormente, en México, la fracción estaba redactada en los siguientes términos: "su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro"; aludiendo algunos que solamente se refiere a bienes patrimoniales y a vida y salud. (913)

En realidad, tal y como está redactada actualmente la fracción y para quienes entienden bien las cosas, con la expresión "bien jurídico propio o ajeno" la ley hace alusión a cualquier valor legalmente tutelado y no hace restricciones en cuanto a su esencia o a su pertenencia. (914)

Por cuanto hace a la extensión en favor de las personas, ya dije que la redacción legal no hace distinción, pudiendo hablarse de un estado de necesidad personal y de otro en favor de terceros, cuestión con la que no está muy de acuerdo la doctrina, aunque tratándose de una disposición de derecho positivo debe ser cumplida.

(913) Esta discusión teórica fue originada por los absurdos que contenía la antigua redacción, aparentemente salvados por las reformas ABARCA opinó que el término "bienes" se refería únicamente a los patrimoniales, en los términos de los artículos 750 y 751 del CPF y que la expresión "persona" aludía a la vida y a la integridad corporal. El Derecho Penal en México, p. 263. México, 1941.

(914) REYES expone: "No existe aparente limitación sobre los derechos personales susceptibles de ser vulnerados y, por lo mismo, protegidos: la vida, el honor, la propiedad privada son, entre otros, intereses jurídicos individuales susceptibles de acciones tutelares; obrar, así, conforme a derecho, quien para evitar la propagación de un incendio en su casa, ocasiona daños a la del vecino", al cometer el numeral 5º del artículo 29 del Código Penal Colombiano. Derecho Penal. Parte General. p. 210. Universidad del Externo de Colombia. Bogotá, 1964.

FORTE PETIT hace una diferenciación, recordando que el estado de necesidad funciona como justificante y como exculpante. En el primero de los supuestos, por tratarse de una causa de licitud, es extensible en favor de terceros y en el segundo, por ser una causal personal de no exigibilidad, no puede beneficiar a otros. (915)

JIMENEZ DE ASUA comparte su opinión y dice " y puesto que sólo se trata de una causa de inculpabilidad, no puede permitirse que terceros desconocidos, no relacionados con el necesitado, manifiesten en favor de uno de los titulares de los bienes que están en pugna, una preferencia que el propio derecho no puede demostrar." (916)

Yo discrepo con los pensamientos de mi maestro y del autor español, porque sus argumentos me parecen de lo más pobre y sin un conocimiento profundo de lo que son la no exigibilidad de otra conducta como exculpante y aún del mismo estado de necesidad como norma justificativa.

Con relación al lo que dice FORTE PETIT, no todas las "causas de licitud", como él llama a las normas justificativas, pueden extenderse en favor de terceros, sino solamente la legítima defensa y el estado de necesidad. Las demás sólo puede alegarlas la persona que se encuentra directamente ante esa situación.

Por lo que toca a lo que manifiesta JIMENEZ DE ASUA, las relaciones de interdependencia social nos obligan a actuar en favor de un tercero que se encuentre en peligro y en las normas jurídico-penales se nos impone este deber en el artículo 340 del CPF, aun cuando la persona amenazada del peligro sea una perfecta desconocida.

El ejemplo típico de la tabla de Carneades me sirve para demostrar lo errado de estos autores. Si son dos niños pequeños los que se encuentran en la tabla y el padre de uno de ellos, le dispara al otro para que caiga y sea su hijo el que sobreviva, ¿podría exigírsele una conducta diversa?

Atendiendo a las características de las normas de deber, que le sirven de fundamento a la exculpante por no exigibilidad de otra conducta, es más fácil que se hagan extensibles sus beneficios a un comportamiento a favor de terceros y creo que así lo estima al final JIMENEZ DE ASUA, cuando dice que lo mejor es dejar al arbitrio del juez la resolución de estos casos. (917)

Otro de los aspectos implicados con la necesidad es el ánimo que ha de guiar la conducta del sujeto que pretende ampararse en los beneficios del estado de necesidad como justificante o excluyente. Obvio resulta afirmar que se trata de un *ánimus preservationis* enfocado al bien jurídico que se salva.

En el estado de necesidad propio, cuando se trata de la vida o la salud personales, también entra en juego el instinto de conservación, aunque no solamente es este el elemento subjetivo de la justificante, en virtud de que si sólo hay un *instinctus conservacionis*, estaríamos en presencia de la ausencia de conducta. (918)

FORTE PETIT dice: "El requisito de la necesidad, exigido en la fracción IV, del artículo 15, del Código Penal, implica en el titular de esta causa de justificación, un particular ánimo: el *ánimus conservacionis*." (919) Que tampoco es idóneo cuando se actúa a favor de terceros.

(915) FORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 552. Editorial Porrúa, S. A. México, 1973.

(916) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. p. 375 Editorial Losada. S.A. Buenos Aires. 1953.

(917) JIMENEZ DE ASUA. *Ibidem*. No es que sea lo mejor, sino que es lo debido porque es la autoridad judicial quien conoce las circunstancias concurrentes en el momento delictivo y puede determinar si al sujeto le era o no exigible un actuar que se conforma a lo jurídico; es decir, si prevalece la norma de deber sobre la jurídica. Esa es la esencia de la exculpante.

(918) Es muy diferente actuar por instinto a hacerlo con ánimo (propósito deliberado), el comportamiento instintivo nos impide integrar una conducta completa que tenga relevancia en el aspecto penal y da lugar a la ausencia de conducta. SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (F). Número (113), (a) Los Movimientos Instintivos.

(919) FORTE PETIT. Op. cit. p. 553. Tal vez pudiera estar correcto el *ánimus conservacionis*, pero para mí gusto puedo confundirse con el instinto, por eso prefiero "ánimo de preservar el bien jurídico".

Entonces, son requisitos del estado de necesidad, los siguientes: A) Elementos objetivos: Salvar un bien jurídico que se encuentra en peligro, lesionando otro. B) Obrar con un ánimo preservatorio con respecto al bien jurídico que se salvaguarda. Todos tienen que darse para que opere la justificante.

2. Peligro real, actual o inminente. El requisito es idéntico al que se exige en la legítima defensa por cuanto hace a la forma; empero se diferencia de éste en la cuestión de fondo. En la legítima defensa surge como consecuencia de un ataque injusto, originado por la conducta de otra persona.

En el estado de necesidad, el peligro puede originarse por la naturaleza, por los animales o por un tercero, a diferencia de la legítima defensa que solamente puede ser causado por el hombre. Este peligro puede amenazar a bienes que se encuentran en conflicto o que no lo estén y que para salvarlos se requiere sacrificar uno que no estaba en peligro.

El requisito de que el peligro sea real sale sobrando y únicamente debe hacerse mención de su actualidad o inminencia, aunque si el peligro es actual, la persona debe actuar antes de que el daño se haya consumado, porque si no ya no estaríamos ante un estado de necesidad, en virtud de que cesó el peligro.

El estado de necesidad es una acción en contra del peligro y la legítima defensa es una reacción. Es decir, que en ésta se contrataca y en aquélla simplemente se ataca y esta diferencia surge en razón del peligro, puesto que en la legítima defensa el peligro se origina en el ataque y en el estado de necesidad, para evitar el peligro se ataca.

3. No ocasionando intencionalmente por el agente. Si la persona que pretende amparar su conducta en el estado de necesidad provocó el peligro con una actitud intencional (con intención directa o dolo), no puede acogerse a los beneficios de la justificante, porque además, es responsable directo del peligro.

4. Ni por grave imprudencia del agente. Tampoco el individuo que ha creado el peligro con su actuación culposa grave (con intención indirecta) puede salir beneficiado con un estado de necesidad como norma justificativa, en virtud de que también se lo considera responsable de él.

Desde mi punto de vista es correcto que el peligro provocado con intención directa o indirecta, por muy leve que esta última fuese, por la persona que pretende ampararse en un estado de necesidad como justificante no le aproveche y esto no es una injusticia legalizada, como otras tantas.

La conducta así producida debe declararse como materialmente antijurídica, porque el sujeto que actuó de esta manera ha violado doblemente un deber jurídico-penal, el primero al crear el peligro y el segundo, en el momento en que sacrifica un bien jurídico para salvar los que injustamente hizo peligrar.

Por la conducta con la cual el sujeto creó el estado de necesidad, será plenamente responsable, si es que han sido comprobados los dos extremos constitucionales que exigen la existencia del delito y de la responsabilidad; responderá penal o socialmente y a título de dolo o culpa, según sea el caso.

En cambio, en la segunda hipótesis, recordando que las normas jurídicas fueron elaboradas para regular la conducta del hombre y que o rigen para el super-hombre y que si bien es cierto que impone obligaciones, no lo es que sea hasta el grado de llegar al sacrificio pro-social en su perjuicio, debemos enmarcar una exculpante.

Para sustentar esta opinión, como una de las frases de VILLALOBOS: "pues sólo con criterios bárbaros podría sostenerse que tal incendiario cogido en su propia trampa, debiera perecer allí por carecer de justificación para romper una puerta o una vidriera de propiedad ajena que le impidiera el paso." (920)

Claro es que VILLALOBOS está por considerar las hipótesis como conductas justificadas, con lo cual yo no estoy de acuerdo, porque en mi opinión deben declararse como formal y materialmente antijurídicas, aunque sí estimo que la razón nos lleva a afirmar una hipótesis de no delito, que a mi manera de ver se funda en la no exigibilidad.

5. Que no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro. Este requisito se entiende como que la persona que se encuentra en peligro no tenga el deber jurídico de sufrirlo, bien sea por su empleo o por la situación en la que se encuentra.

Esta exigencia legal al momento de ser puesta en práctica también debe ser llevada hasta sus justos límites, puesto que si bien es cierto que en algunos casos se tiene el deber jurídico de afrontar el peligro, no menos cierto lo es que tampoco debe exigirse el absurdo sacrificio para ganar una medalla al mérito (post mortem).

FERREER SAMA afirma que con independencia de que el necesitado esté o no en la obligación de sacrificarse por razón de su oficio o cargo, siempre que una tercera persona es la que salva al mismo en perjuicio de otra y con las demás condiciones del estado de necesidad, deberá hacerse a éste la aplicación de la exigencia cuando de manera racional pueda afirmarse, que no fue movido el sujeto defensor por ánimo de perjudicar a una de las personas, sino por el de defender a la otra." (921)

Justas son las frases de esta autor para defender a quien actúa ante un estado de necesidad en favor de terceros, a cuyo cargo no debe quedar la exigencia legal y deben extenderse los beneficios de la justificante.

Con la opinión de FERREER SAMA se resuelve uno de los problemas; empero falta encontrar la respuesta para el otro, que es semejante al de la provocación intensional del peligro y que se refiere al momento en que escapa de toda lógica aguardar a que finalice el peligro y que sucumba el bien jurídico de quien tiene el deber de afrontar la situación.

Es bien cierto que existen personas que por su profesión u oficio tienen el deber legal de sufrir el peligro; así el médico que tiene que curar al enfermo a pesar de que tenga una enfermedad contagiosa, el bombero que tiene que soportar el fuego hasta apagarlo, o bien el guía de los boy scouts que está a cargo de los pequeños.

En tales casos, dichos sujetos no pueden eludir el peligro ni intentar contrarrestarlo llevando a efecto actitudes lesivas para bienes jurídicos ajenos de personas inocentes, aunque como dice REYES: "este deber jurídico de afrontar el peligro no es absoluto ni ciego." (922)

Por ello, si la conducta debe considerarse como plenamente anti-jurídica, es necesario encontrar otro beneficio para quien actúa en esas situaciones y entonces debe afirmarse la procedencia de la no exigibilidad de otra conducta, como exculpante, que bien puede ser considerada como una justificante extralegal. (923)

6. Siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance. En esta exigencia legal tenemos que entrever la imposibilidad de que el peligro sea superado de alguna otra manera, es decir, que como único medio de salvar al bien en peligro se tenga el sacrificio de otro bien jurídico.

REYES explica: "El peligro ha de ser inevitable, es decir, imposible de eludir, no susceptible de ser superado o contrarrestado sino enfrentándose a él en acción lesiva de ajenos intereses. Téngase en cuenta que, como no se trata de reaccionar contra un injusto agresor sino de vulnerar derechos de personas inocentes, la lesión que se ocasiona para alejar el peligro debe constituir la última ratio, es decir, recurso extremo de salvación; por lo mismo la fuga, de ser posible e idónea, ha de preferirse a la agresión" (924)

(921) FERREER SAMA. Comentarios al Código Penal. p. 208. Murcia. 1947.

(922) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 212. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(923) Precisamente en los casos de no exigibilidad de otra conducta, al atender a las circunstancias concurrentes en el momento delictivo, cuando triunfa la norma de deber, se trata de una justificante extralegal.

(924) REYES. Op. cit. p. 228.

La necesidad está limitada con la inevitabilidad; existe necesidad siempre que no sea posible evitar la lesión al bien jurídico que se encuentra ante el peligro, sin lesionar otro interés legalmente amparado. Si hay otra forma de rehuirlo, no beneficia la justificante del estado de necesidad.

Este requisito legal sale sobrando del texto de la definición, a virtud de que la necesidad implica que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para salvar al bien jurídico del peligro en que se encuentra, bastando para lograr una mejor técnica, que se hable solamente de la necesidad.

(c) LOS TIPOS ESPECIALES DE ESTADO DE NECESIDAD.

Aburdamente la ley ha querido regular casos específicos de estado de necesidad que, lógicamente sobran en la parte especial, puesto que en la general se comprende la fórmula genérica, que puede ser aplicada a todos los delitos-tipo que por su esencia acepten esta causa de justificación.

En el artículo 334 del CPF tenemos el caso del aborto terapéutico, que dice: "No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corre peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora."

En el precepto 379 del CPF se regula el robo de familiar, indigente o necesario: "No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus intereses personales o familiares del momento."

Comentarios sentimentales y técnicos acerca de estas dos aberraciones jurídicas hay varios y solamente me resta decir que la absurda inclusión en su texto de requisitos innecesarios que no han sido debidamente meditados, los convierte en tramas legales, propiciando la injusticia. Su lugar adecuado lo tienen en el olvido jurídico.

(d) LAS DIFERENCIAS ENTRE EL ESTADO DE NECESIDAD Y LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Entre las instituciones jurídico-penales del estado de necesidad y la legítima defensa podemos encontrar las siguientes diferencias:

1. El estado de necesidad puede invocarse como causa de justificación o de inculpabilidad, atendiendo a la naturaleza de los bienes jurídicos en conflicto. La legítima defensa únicamente funciona como causa de justificación.
2. En el estado de necesidad existe una colisión entre intereses legítimos. En la legítima defensa es legítimo el del defensor e ilegítimo el del agresor.
3. En la legítima defensa hay una repulsa a la agresión al bien jurídico que es desplegada con la calidad de reacción a la ofensa. En el estado de necesidad hay una conducta activa que tiende a preservar el bien jurídico del peligro en que se encuentra.
4. Cuando el estado de necesidad no fue provocado, los dos sujetos que actúan son inocentes y luchan por salvar un bien jurídico en peligro. En la legítima defensa solamente hay un sujeto inocente que fue injustamente agredido.
5. En el estado de necesidad, el peligro lo originan las fuerzas naturales, animales o humanas. En la legítima defensa es provocado por un individuo, nada más.
6. En el estado de necesidad, la acción defensiva siempre es en contra de un sujeto, fuerzas naturales o animales. En la legítima defensa siempre se reacciona en contra de un sujeto.
7. En el estado de necesidad, se actúa con *ánimus preservationis*. En la legítima defensa con *ánimus defendendi*.
8. En el estado de necesidad es obligada la huida, si se trata de un peligro que es evitable. En la legítima defensa, la huida es opcional.

9. En el estado de necesidad hay un conflicto entre derechos, deberes o derechos y deberes. En la legítima defensa, hay solo un conflicto de derechos.

(165) EL EJERCICIO DE UN DERECHO.

Una causa de justificación que ofrece menores problemas que en cuanto a su técnica decriminal y por cuanto hace a las situaciones que implican su aplicación con una buena riqueza de contenido, lo es el ejercicio de un derecho. Básicamente en esta causal podemos sustentar a las demás normas justificativas.

Con esta justificante, se trata de encauzar la actividad o inactividad a los cánones legales. Tenemos que puede invocarse como una causa de justificación personal, obrar en el ejercicio de un derecho legalmente conferido al autor material de una conducta formal y materialmente antijurídica, que será justificada por la ley.

En estos casos, la conducta realizada es típica y se trata de asegurar su antijuridicidad, a través de un juicio de valoración objetivo, al poner en relación todos aquellos derechos que las legislaciones han garantizado y cuyo ejercicio está condicionado a las formalidades de las leyes.

Para invocar esta causa de justificación, es necesario que el sistema jurídico legal haya incluido dentro de sus postulados el ejercicio de esa expresión de derecho, no podemos alegar que estamos poniendo en práctica un derecho que las legislaciones no grantizan, por más justa que nos parezca su concesión.

La norma justificativa del ejercicio de un derecho implica, por un lado, el conocimiento de que tenemos legalmente garantizado ese derecho y por el otro, que al ejercerlo realicemos una conducta típica, formal y materialmente antijurídica, que será justificada en atención a la existencia de la facultad jurídica concedida.

Su fundamento lo encontramos en el principio del interés preponderante, en relación con la conducta a la que la sociedad y el ordenamiento jurídico le conceden un valor mayor, en virtud de que es deslegada en base a una norma jurídica que la permite, aun cuando lesiona, hace peligrar, destruye o controvierte otro derecho.

También tiene una base jurídica en el principio ontológico de formal contradicción, que nos dice que una conducta no puede estar al mismo tiempo prohibida o prescrita y permitida. Es decir, que dos normas, una que restringe y otra que permite no pueden ser igualmente válidas, por ser contradictorias entre sí.

En este caso no es solamente la ley penal la que le va a otorgar el carácter delictivo a una acción u omisión, sino el sistema jurídico en general, al momento en que ponemos en relación todos los ordenamientos, para corroborar que existe uno que permite el ejercicio del derecho que estamos invocando.

Por ejemplo, el artículo 2669 del CCF, nos dice que los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del impote del hospedaje. Así el derecho de retención de las cosas, no puede integrar una conducta antijurídica de robo, lprevista en el lprecepto 384 del CPF, a pesar de que existe su tipicidad.

Vamos a ver que en el ejercicio de un derecho no debemos limitarnos a lo que propiamente conocemos con el nombre de ley, esto es a las normas codificadas, sino también a los decretos, reglamentos y órdenes de autoridad competente que sean lícitas, ampliando el radio de acción en el ejercicio de un derecho.

Tenemos otro ejemplo, en el artículo 194 del CPF, su fracción I tipifica como delitos algunas conductas relacionadas con las drogas en llenar los requisitos legales y las autoridades sanitarias; los comportamientos típicos serán justificados, si se realizan con autorización especial de las autoridades sanitarias, cubriendo los requisitos previos.

El ejercicio de un derecho como norma justificativa tiene su origen en: a) El reconocimiento hecho por la ley del derecho a ejercitar; b) La facultad o autorización otorgada en forma lícita por una autoridad competente. c) Los reglamentos de los deportes en que pueden causarse resultados típicos.

(a) EL CONCEPTO DEL EJERCICIO DE UN DERECHO.

"Obra en ejercicio legítimo de un derecho -explica REYES- la persona que ejecuta detenidamente o desarrolla especiales actividades con el expreso respaldo legal." (925) Ejemplificando con la huelga, el derecho de petición, actividad privada, actividad profesional, etc.

Prosigue el autor: "ahora bien, cuando alguien en ejercicio de un derecho legalmente reconocido y tutelado causa daño a otro, no incurre en responsabilidad penal por falta de antijuridicidad, siempre que el hecho se haya desarrollado dentro de los marcos normativos del respectivo derecho, porque los fines sociales que garantizan su ejercicio se imponen a los particulares intereses que puedan resultar afectados." (926)

La fracción V del artículo 15 del CPF dice que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal: "Obrar en forma legítima, en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para ejercer el derecho."

Por ejercicio de un derecho como causa de justificación, se entiende la conducta formal y materialmente antijurídica, que es cometida al actuar ejerciendo una actuación reconocida por el sistema jurídico, bien sea en los catálogos de normatividad, en las órdenes de autoridad competente o en reglamentos.

(b) LOS REQUISITOS LEGALES DEL EJERCICIO DE UN DERECHO.

Podríamos ver en algunos casos de ejercicio de un derecho una colisión de valores jurídicamente tutelados, en donde queda en la elección del sujeto titular poner en práctica ese derecho o abstenerse de ello, recurriendo a la autoridad para que se lo garantice.

ZAFFARONI explica que "el precepto penal tiene por objeto: a) Precisar que no son antijurídicas las conductas típicas que se realizan en ejercicio de un derecho conferido por cualquier precepto permisivo emergente de cualquier orden jurídico; b) a través de esa precisión conceptual recalcar suficientemente la vituperación que mediante la antijuridicidad conecta al Derecho Penal con la totalidad del orden jurídico como tal." (927)

La ley punitiva exige que ese derecho sea ejercitado en forma legítima y que exista necesidad racional del medio empleado para su ejercicio. Para recalcar sus exigencias tipifica el ejercicio indebido del propio derecho en el artículo 226 del CPF, marcando como requisito de procedibilidad la querrela del ofendido.

El precepto mencionado indica: "Al que para hacer efectivo de un derecho o pretendido derecho que daba ejercitar, empleare violencia se le aplicará prisión de tres meses a un año." Extendiendo la figura delictiva a los servidores públicos que actúan de esta forma en el ejercicio de su cargo. (928)

(c) LAS HIPÓTESIS DE LOS DERECHOS A EJERCITAR.

Entre otras, en la doctrina se mencionan las siguientes hipótesis de derechos a ejercitar:

- a) Derecho de corrección.
- b) Derecho disciplinario.
- c) Ofendiculares, aparatos mecánicos predisuestos y defensas necesarias predisuestas, etc.

(925) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 229. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(926) Idem.

(927) ZAFFARONI. Teoría del Delito. p. 494. Editorial Ediar. Buenos Aires Argentina. 1963.

(928) Artículo 226 del CPF.

- d) Derecho de retención.
- e) Derecho de emitir y tomar información.
- f) Derecho de información o crónica periodística.
- g) Derechos de ejercicio profesional.
- h) Gestión de negocios.
- i) Lesiones en los deportes.
- j) Derechos de la abogacía.
- k) Derecho de familia.
- l) Actos emulativos.
- m) Derechos de los particulares a detener delincuentes en caso de flagrancia o cuasiflagrancia.
- n) Justicia de propia mano.
- ñ) Huelga y coalición, etc.

Hablaré en particular de las generalidades de algunos de estos derechos:

El derecho de corrección antiguamente lo concedía el artículo 294 del CPF, facultaba a los padres o tutores para corregir a sus menores o pupilos utilizando la violencia si causaban lesiones leves (menos de quince días en sanar), si no abusaban del derecho corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia. (929)

REYES explica que en Colombia este derecho tiene extensión para proteger a los menores y que se fundamenta en los artículos 262 y 263 de su Código Civil, restringiendo su ejercicio a la moderación y orientándolo hacia una finalidad pedagógica y formativa. (930)

Precisamente de acuerdo con las modernas tendencias de la psicología y la pedagogía, este derecho no debe existir, ya que no hay bases para corregir lesionando. Los medios de corrección y disciplina funcionan a base de estímulos positivos y negativos; los negativos deben tender hacia la desaparición de la crueldad y de la violencia. Ya pasó de moda aquello de que la letra sólo con sangre entra. (931)

La violencia no puede sino engendrar violencia y los niños maltratados sufren síndromes físicos y psicológicos que han sido calificados con ese nombre. Actualmente se trata de cuidar muchísimo la protección integral de los menores de edad y existe una institución especial para procurar su defensa en todos los aspectos. (932)

El derecho disciplinario bien puede ser una modalidad del de corrección, se diferencian en que aquél es concedido a los superiores jerárquicos o patronos en relación con sus trabajadores y éste es otorgado a padres y tutores. Está regulado en los reglamentos de trabajo y se refiere a sanciones económicas generalmente.

Los límites del derecho disciplinario están enmarcados en los reglamentos de trabajo, en los contratos individuales, colectivos y ley, o bien en una legislación especial, como es el caso de los servidores públicos, que se rigen por la Ley Federal de Responsabilidades.

En cuanto a sus límites objetivos, el derecho disciplinario se regula mediante los procesos administrativos vigentes en cada centro de trabajo, puesto que el patrón no puede imponer las sanciones a su libre arbitrio, sin haber comprobado la responsabilidad del trabajador o servidor público.

Actualmente, la Contraloría General de la Federación se encarga de seguir los procedimientos administrativos de sanciones para los servidores públicos, sin perjuicio de la responsabilidad que pudieron tener en el área punitiva, con la tendencia a lograr un servicio público honrado y eficiente.

(929) Las reformas de 13 de enero de 1984 suprimieron este precepto y quedó regulado así: "Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infliera lesiones a los menores bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos".

(930) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 229. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(931) Cfr. SKINNER. Hacia la libertad y la Dignidad.

(932) Se trata de la Procuraduría Federal de la Defensa del Menor y de la Familia, organismo dependiente del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

Los offendiculumae son medios aptos para la protección de la propiedad. Su ejercicio consiste en predisponer medios permanentes de tutela, como muros, cercas metálicas, fosos, vidrios, trampas, etc., en los predios para evitar la introducción de los intrusos en los predios.

La doctrina ha gustado de darles el tratamiento de legítima defensa, al entender que se trata de una defensa privilegiada, referida al bien jurídico de la propiedad, porque los instrumentos utilizados anticipan y prolongan la defensa privada al ataque que en cualquier momento ulterior alguien intente en contra de ellos. (933)

Más bien es por tradición que se estudian entre los problemas que presenta la legítima defensa, los offendiculumae, porque no hay razones de peso para incluirlos aquí. La legítima defensa requiere que haya un ataque anti-jurídico real, actual o imminente y en estos casos no se presenta.

Este es evidentemente un supuesto del ejercicio del Derecho a defender nuestros bienes jurídicos; empero debe diferenciarse de la defensa legítima y recibir el tratamiento adecuado, porque no se trata de la repulsa a una agresión, sino de prevenirla, predisponiendo aparatos mecánicos que son idóneos para tal fin.

La legislación civil confiere el derecho de retención a las personas encargadas de lugares de hospedaje, con relación a los equipajes de los huéspedes que adueñan alguna cantidad por ese concepto. Pretende justificar presuntos robos y se tiene derecho a retener los equipajes, en tanto se cubra el adeudo. (934)

La Ley Federal de Protección al Consumidor le permite a éste tomar información acerca de personas, empresas y locales comerciales acerca de su fama comercial y los empleados del Instituto Nacional del Consumidor tienen el derecho y la obligación de proporcionar tales informes.

El Derecho a la información garantizado por la Constitución des-glosa el derecho de crónica periodística conferido a reporteros y redactores de periódicos, cine, radio y televisión, para emitir y tomar información acerca de los acontecimientos de interés público en beneficio de la sociedad. (935)

Toda persona tiene derecho de dedicarse a una profesión lícita y de ejercitar los derechos que ésta le confiere. En este rubro podemos citar los derechos que tienen los abogados postulantes y los médicos, cuya responsabilidad está limitada por las actuaciones culposas. (936)

Los derechos que derivan de las gestiones que se hacen a favor de terceros, se los otorgan también a quienes los realizan sin estar expresamente autorizados. La legislación Civil prevé el instituto jurídico de la gestión de negocios, que puede ser invocada como causa de justificación enmarcada en el ejercicio de un Derecho. (937)

Se dice que los actos emulativos son aquellos que se realizan en el ejercicio de un derecho, sin ninguna utilidad propia y causando perjuicios a terceros. Deben ser tomados en sus justas dimensiones, porque podrían tenerse como hipótesis del ejercicio indebido del propio derecho, que es una figura típica. (938)

Los particulares tienen derecho a detener a los delinquentes en casos de flagrancia o cuasiflagrancia a la vez que tienen ese derecho se transforma en una obligación de preservar el orden social, en apoyo a la interdependencia en que vivimos. Este derecho-deber lo prevé la CPEUM. (939)

(933) Cfr. REYES. Derecho Penal. Parte General, p. 222. Universidad del Externo de Colombia. Bogotá, 1984. PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 295. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

(934) Cfr. Artículo 2669 del CCF.

(935) Cfr. Artículo 5º CPEUM.

(936) Cfr. Artículo 5º CPEUM.

(937) Cfr. Artículos 1896 a 1909 CCF.

(938) Cfr. Artículo 226 del CPF, reformado el 13 de enero de 1984.

(939) Cfr. Artículo 16 CPEUM, siempre se deberá ponerlos sin demora a disposición de la autoridad inmediata, puesto que existe la figura de privación ilegal de la libertad.

Dentro de las excluyentes de ejercicio de un derecho, se incluye el ejercicio arbitrario de las propias razones, auxilio propio o vías de hecho, que no son más que procurarse justicia por sí mismo y lo regulan los artículos 848, 849 y 866 del CCF.

(d) EL ABUSO EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO.

Es necesario diferenciar entre el exceso en el ejercicio de un derecho y el ejercicio indebido del mismo. En el primer caso se trata de una conducta que nace justificada y pasa a ser antijurídica y en el segundo, de una conducta que empieza y termina siendo antijurídica.

Existe el abuso en el ejercicio de un derecho cuando la persona que es titular del mismo, lo ejercita en un principio dentro de los cánones legales y después desatiende a estos patrones. El ejercicio indebido de un derecho se da en forma violenta, prescindiendo en todo momento de los postulados legales.

Dije que el derecho debe ejercitarse tal y como lo concede la ley, es decir atendiendo a sus restricciones. Por ser una facultad, el titular del derecho tiene la opción de ponerlo en práctica o de acudir a las autoridades para que lo procuren su garantía. Para ello han sido creados los juzgados calificadores. (940)

La legislación penal positiva prevé los casos de abuso en el ejercicio de un derecho y del ejercicio indebido del propio derecho, en ambos casos existe responsabilidad penal; en el primero la persona será sancionada por delito culposo y en el segundo, será responsable del delito correspondiente.

El artículo 16 del CPF menciona: "Al que se exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho u obediencia jerárquica a que se refieren las fracciones III, IV, V y VII del artículo 15, será penado como delincuente por imprudencia."

El precepto 226 del mismo ordenamiento enuncia: "Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año, En estos casos sólo se procederá por quemilla de la parte ofendida."

el numeral 227 completa la figura anterior, en los siguientes términos: "Las disposiciones anteriores se aplicará a todos los funcionarios o empleados de la administración pública, cuando en el ejercicio de su encargo ejecuten los hechos o incurran en las omisiones expresadas en los propios artículos."

Las reformas de 1984, introdujeron en nuestra legislación penal estas figuras. En la Exposición de Motivos de la Iniciativa Presidencial, se dice: "En diversos foros se ha planteado la necesidad, que el Proyecto recoge, de sancionar a quien, siendo titular de un derecho u ostentándose como tal, lo ejerce con violencia, esto es, sin atenerse a las normas legales relativas al ejercicio de pretensión." (941)

(166) EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

También está comprendido dentro de las causas de justificación personales obrar en el cumplimiento de un deber que la ley, las circunstancias o las autoridades nos imponen. Obrar en el cumplimiento de un deber se traduce en una obligación, ya que no es posible elegir entre realizarlo o no. El deber debe cumplirse.

(940) Los juzgados calificadores son autoridades administrativas, que califican las faltas de ésta índole y que en el caso de que pudieran constituir un delito, tienen la obligación de poner a las personas a disposición del Ministerio Público. Su ordenamiento legal es el Bando de Policía y Buen Gobierno.

(941) Exposición de Motivos de la Iniciativa Presidencial que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, p. 21. "Con ello procura impedir la autojusticia, proscriba por el artículo 17 constitucional. El texto que la iniciativa sugiere para el artículo 226 no trata de discutir el derecho que posee o pretende poseer el sujeto activo, sino sólo de sancionar la legítima forma de ejercitarlo".

En esta justificante existe una pugna entre dos derechos en donde triunfa, con base en el principio del interés preponderante, la conducta que tiende a proteger el valor jurídico al que la ley y la sociedad le confieren mayor importancia.

El CPF prevé esta norma justificativa en la fracción V, del artículo 1, cuyo texto dice: "Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir con el deber."

Se justifica la conducta típica, formal y materialmente antijurídica de quien obra en el cumplimiento de un deber jurídico, al acatar las disposiciones de la ley penal o extrapenal, de las autoridades o las necesidades apremiantes de las circunstancias que concurren en el momento de actuar.

Dentro de la doctrina se ha dado el siguiente catálogo de deberes a cumplimentar:

- a) Deberes de funcionarios o servidores públicos.
- b) Deberes de particulares.
- c) Deberes profesionales.
- d) Deberes de testigos. (podría haber otros).

Entiendo que solamente puede invocar esta norma justificativa a su favor, la persona a quien le sea imputado el deber en forma general o particular, a través de un orden legal de cualquier índole, de una autoridad en el ejercicio de sus funciones o por las circunstancias imperantes.

Así por ejemplo, los deberes de los funcionario o servidores públicos, les son otorgados en razón de su encargo. La autoridad judicial tiene el deber de conceder la libertad provisional a un procesado, cuando se hayan cubierto los requisitos de la ley procesal y con ello no incurre en el delito de liberación o auxilio a la fuga.

Los deberes de particulares pueden imponérsele a cualquier persona por la legislación, la autoridad o las necesidades urgentes. *verbi gratia*, facilitar la persecución y detención de un delincuente a la autoridad, bien sea proporcionando información o auxiliando materialmente.

Los deberes de profesionales se les otorgan a los profesionistas en el ejercicio de una actividad reglamentada, atendiendo a un derecho que garantiza la Constitución. Así, no incurre en revelación de secretos el médico que informa a la autoridad sanitaria el caso de una enfermedad grave en período de contagio.

Los deberes de testigos son una modalidad de los de particulares. Toda persona que sea testigo de hechos delictuosos tiene el deber de rendir su declaración ante las autoridades y de conducirse con verdad cuando la emita, aunque con ello lesionara el honor de otro, por ejemplo.

La fuente del deber ejercitado puede ser la ley penal o extrapenal, cualquier disposición del sistema jurídico o la situación de urgencia que provoca una necesidad, siempre que haya obligación de cumplir con un deber y con ello se incumpla otro. Hay deberes generales y especiales.

Al cumplimiento de un deber que impongan las necesidades apremiantes, pueden obligarse a cualquier persona, cuando no corra riesgo. Todo esto debe atender a sus justos límites, que la legislación omarca en el hecho de obrar en forma legítima y que exista necesidad racional en el medio empleado para cumplir con él.

(167) EL IMPEDIMENTO LEGÍTIMO.

Tenemos que la norma justificativa del impedimento legítimo es una causa personal, fundada en el principio del interés preponderante. Se traduce en una colisión de deberes; existe cuando se deja de cumplir con un deber legal, por atender a un mandato legal de mayor entidad.

Para que pueda justificarse la conducta típica, formal y materialmente antijurídica del autor que actuó ante un impedimento legítimo, este debe ser proveniente de la ley. En los casos en que es por una causa natural, animal o humana no reconocida en la ley, pueda dar lugar a una culpante por no exigibilidad de otra conducta.

La legislación penal vigente dispone que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal: "Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo." De esta redacción notamos que el comportamiento a justificar solamente puede ser omisivo.

La situación que origina el impedimento debe ser legal, no solamente legítima, puesto que lo legítimo abarcaría también a la causal de inculpabilidad denominada no exigibilidad de otra conducta, que se fundamenta en los supuestos que ante la misma situación cualquier persona actuaría igual.

Los impedimentos que funcionan como causales de justificación pueden ser de índole diversa, aunque en mi concepto, solamente deben ser considerados como tales, aquéllos que la propia ley reconozca en su texto y aquéllos que a pesar de no ser legales sean legítimos o insuperables, fundamentarán a la no exigibilidad.

Como ejemplo de los impedimentos legales podemos citar las causas en que los secretarios penales, magistrados y jueces deben excusarse de conocer de un asunto, que nos menciona el artículo 522 del CPPDF como son: El parentesco con el abogado de las partes, tener interés en el negocio, etc.

Estos son verdaderos impedimentos y la ley los llama precisamente así; son de origen diverso, aunque la ley los reconoce expresamente y por ello fundamentan a las causas de justificación. Los no reconocidos en el orden legal, solamente pueden dar lugar a una exculpante por no exigibilidad.

PAVON VASCONCELOS dijo: "En efecto, mientras el impedimento legítimo es una auténtica causa de justificación, por tratarse de un impedimento de derecho, el insuperable es un impedimento de hecho que puede surgir de la imposición, sobre el sujeto, de una fuerza física irresistible vis absoluta, de una fuerza mayor o de una coacción sobre la voluntad vis compulsiva, tratándose de situaciones que impiden el nacimiento del delito por integrar casos de ausencia de conducta o de inculpabilidad." (942)

(168) LA OBEEDIENCIA JERARQUICA.

Antes de hablar de la obediencia jerárquica y de las situaciones problemáticas que representa en las causas de justificación, es importante que analicemos cuáles son las hipótesis que pueden presentarse cuando se obedece la orden de un superior en el ámbito de las jerarquías.

Es FORIE PETIT (943) quien las plantea, yo solamente les doy resolución de acuerdo con mi nuevo pensamiento y son las siguientes:

a) Cuando la orden sea lícita. Es obvio que estamos en presencia de una conducta indiferente para el campo penal, en virtud de que no se está cometiendo algún comportamiento delictuoso.

b) La orden es ilícita, conociéndala el inferior y sin obligación de acatarla, es decir, teniendo poder de inspección. Existe la probabilidad de que se integre un delito y hay responsabilidad en el área penal.

c) La orden es ilícita, conociendo o no su ilicitud el inferior y con obligación de cumplirla, es decir, sin tener poder de inspección. Aquí opera la justificante.

d) La orden es ilícita, creyéndola lícita el inferior por error invencible. Hay una ausencia de conducta fundamentada en el error.

e) La orden es ilícita pero no se puede exigirle al sujeto una conducta diversa a la que desplegó. Se trata de una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

La única situación que podemos relacionar con las normas justificativas es la del inciso c), que marca: Que la orden ser ilícita, conociendo o no su ilicitud el inferior y con obligación de cumplirla, es decir, sin tener poder de inspección.

(942) PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 324. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

(943) FORIE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 542. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

PAVON VASCONCELOS es de opinión que "algunos autores colocan, como causa de justificación, a la obediencia debida cuando la obligación del acatamiento del mandato, con independencia del conocimiento de su ilicitud, deriva de la propia ley." (944) Dice que ordinariamente constituye una causa de inculpabilidad y allí se debe analizar.

REYES también ubica a la obediencia debida en las causas de justificación y de acuerdo a su Código Penal, la llama "cumplimiento de una orden de autoridad." "Ha de entenderse por orden aquella manifestación de voluntad que un superior dirige a su inferior jerárquico para que éste tenga determinado comportamiento, haga u omita algo." (945)

En mi concepto, funciona como ausencia de conducta por error, justificante o como exculpante. También puede constituir un delito o un indiferente para el área jurídico-penal y ahora vamos a estudiarla como norma justificativa.

(a) EL CONCEPTO DE LA OBEEDIENCIA JERARQUICA.

ISLAS dice: "Obediencia jerárquica es la conducta típica ejecutada en cumplimiento de una orden de un superior jerárquico legalmente facultado para dictarla y que el inferior tiene el deber jurídico de obedecer en forma incondicionada." (946) La reconoce como causa de atipicidad por ausencia de violación al deber jurídico-penal.

JIMENEZ DE ASUA indica: "El que obra en obediencia jerárquica cree que lo mandado es legítimo y por ello actúa. No se nos diga que cuando la orden viene de un superior en el círculo de sus atribuciones y llega ante el subordinado en la forma requerida, el error es invencible." (947)

El artículo 29 del Código Penal colombiano dice que el hecho se justifica cuando se comete "en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con todas las formalidades legales."

La fracción VII del artículo 15 del CPF prevé: "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."

La obediencia jerárquica como causa de justificación puede entenderse como la conducta típica, formal y materialmente antijurídica que es desplegada en cumplimiento de una orden del superior en el orden jerárquico, respecto de la cual no se tenía poder de inspección, y que es justificada por esta situación.

(b) LA OBEEDIENCIA JERARQUICA EN EL CODIGO PENAL.

Atendiendo a los elementos que nos proporciona la definición legal de la obediencia jerárquica, podemos percatarnos de que el tratamiento que se le brinda a esta figura es, de acuerdo a mi sistema y a mi estructura, la e una causa de ausencia de conducta, fundada en el error sobre la orden. (948)

(944) FORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 542. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(945) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 225. Universidad del Externo de Colombia. Bogotá, 1984.

(946) ISLAS. Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida. p. 55. Editorial Trillas, México, 1982.

(947) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, p. 407. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(948) Los autores tradicionalistas la han reconocido como una causa de inculpabilidad fundada en el error, puesto que para ellos el dolo está ubicado en la culpabilidad y constituido por dos elementos: El emocional o volitivo (querer) y el intelectual o cognoscitivo (entender). En virtud de que yo he trasladado estos elementos a la conducta, su ausencia hace imposible que ésta conducta se configure. Cfr. PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 325. Editorial Porrúa, S.A., México, 1984. Ver también: SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Primero.

Dichos elementos son los siguientes: 1. Obedecer a un superior legítimo. 2. En el orden jerárquico. 3. Aun cuando su mandato constituya un delito. 4. Si esta circunstancia no es notoria. 5. Ni se prueba que el acusado la conocía. Estos dos últimos elementos son los que me hacen afirmar que se trata de una ausencia de conducta fundada en el error.

Voy a elaborar un análisis de los elementos constitutivos de la obediencia jerárquica tal y como está la ley, posteriormente estudiaremos los requisitos que debe reunir, para que sea tratada como una de las justificantes.

Obedecer a un superior legítimo implica acatar la manifestación de voluntad para adptar determinado comportamiento activo u omisivo, que es dado por el "jefe." Es decir que la orden se hace efectiva y se activa u omite el mandato.

El superior debe serlo en el orden jerárquico. Para que pueda hablarse de la obediencia debida se requiere que entre dos personas la que manda y la que obedece, exista una relación de jerarquía pública. Esta relación debe darse en el orden de la administración o servicio público.

En la relación de jerarquías pueden distinguirse cuatro tipos de subordinación que, a la vez, darán lugar a cuatro clases de obediencia; estas son: Espiritual, política, doméstica y jerárquica. De todas ellas la única que tiene validez en nuestro ámbito es la administrativa.

La dependencia espiritual se da en el orden de la consciencia; la política es la que une al ciudadano con el jefe de Estado o de gobierno; la doméstica se da de padres a hijos, entre cónyuges o de amo a sirvientes. La obediencia jerárquica es válida cuando se da la subordinación administrativa, en las relaciones de trabajo.

En las otras relaciones de obediencia jerárquica que no se dan en el campo de lo administrativo, podría haber lugar para algún otro aspecto negativo del delito, por ejemplo, a la inculpabilidad cuando se actuó coaccionado, a una ausencia de conducta, si se da la fuerza física irresistible, etc. (949)

El siguiente elemento: Aun cuando su mandato constituya un delito, es importante, en virtud de que si lo ordenado es una conducta lícita o constituye un indiferente jurídico, no hay lugar para entrar a estudiar su antijuridicidad, porque lo lícito o lo permitido no requieren de justificación.

El otro: Si esta circunstancia no es notoria, implica que evidentemente la orden dada no sea delictuosa, porque de reconocerle el carácter delictivo, el inferior no tiene por qué acatar el mandato libremente y si actúa forzado, hay lugar para una ausencia de conducta o para una inculpabilidad.

Por último, el requisito de que: Ni se prueba que el acusado la conocía refiérese al carácter ilícito del mandato, si tuvo conocimiento de que revestía un matiz delictuoso la orden, ni siquiera podrá beneficiarle la ausencia de conducta fundada en el error.

Ahora bien, nos faltaría por analizar los requisitos de la obediencia jerárquica como causa de justificación, la cual tiene el poder de borrar el carácter materialmente antijurídico de la conducta ejecutada al cumplir con una orden del superior jerárquico.

En el supuesto mencionado con antelación se requiere: Obedecer una orden del superior en el orden de las jerarquías administrativas, que implique una conducta constitutiva de delito, respecto de la cual no se tenía deber de inspección y debía ser cumplida.

(949) JIMENEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*, p. 407-408. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980. Esto lo dice el autor al comentar la obediencia doméstica, en los casos en que el superior utilice la fuerza física irresistible o una coacción moral insuperable, en el primer caso estamos frente a una falta de acción o de inculpabilidad, en el segundo, por carecer de libre movimiento o de motivación espontánea de la voluntad.

Evidentemente que en este supuesto se presentan idénticos requisitos que en la definición legal, por cuanto hace a la obediencia de la orden a la relación de jerarquía, que la conducta sea delictuosa y que el sujeto no se encuentre en un error con respecto a la misma, que puedan ser explicados en los mismos términos.

En lo único que se diferencian es en que no se tenga poder de inspección con respecto a la orden, es decir que tenga que ser cumplida sin mayores dilaciones o trámites. Es obvio que se trata de un requisito un tanto difícil de comprobar; empero, tiene que ser cubierto, para que la justificante pueda beneficiar.

Esto quiere decir que el inferior jerárquico no debe disponer de los medios adecuados para comprobar que la conducta ordenada por su superior es constitutiva de delito y ante esta situación, tenga que acatarla.

REYES expone al respecto: "Esto no significa a nuestro juicio, que el subalterno tenga potestad para valorar la oportunidad, mérito o conveniencia de la orden, porque esta operación intelectual no le compete, sino que su obediencia debe estar condicionada a la legitimidad formal de la orden." (950)

La obediencia debida o jerárquica fue introducida a las legislaciones con el propósito de limitar el abuso de autoridad de los superiores en el orden de las jerarquías. Por ello el mandato debe estar referido a las relaciones habituales existentes entre el que ordena y el que acata su mandato. (951)

Un ejemplo, lo tenemos en la orden de aprehensión girada por un juez, que es cumplida por un agente de la policía judicial. El policía no tiene poder de inspección para verificar que en la orden es procedente o no la aprehensión. Si le fue dada por escrito y por la autoridad, aun cuando no procediese, esa conducta es justificada y no comete el delito de privación ilegal de la libertad.

El problema de la obediencia jerárquica resalta aún más en las relaciones militares, en donde en a mayoría de las ocasiones la obediencia es ciega e irreflexible, mucho más rígida que en la vida civil, aunque este es un problema de competencia exclusiva de la ciencia jurídico-penal militar. (952)

Hay que ver que el hecho de no tener poder de inspección en relación a la orden dada, está limitado precisamente con el requisito de que el mandato evidentemente no constituye delito; de reconocerle su carácter delictivo el inferior, únicamente se aceptaría que actuase forzado material o moralmente, si no debe ser responsable.

(169) EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO.

Esta causal de justificación está fundada en un principio de ausencia de interés, aunque no por parte de la legislación, sino del titular del bien jurídico que permite cierta conducta sobre sus derechos en forma expresa.

En el antiguo Derecho Romano se aceptó el consentimiento del ofendido como causa de exclusión de la pena, siempre que la actuación se diere en un derecho público, basade en la fórmula *volenti non fiat iniuria* (la voluntad no constituye injuria), siendo aceptada generalmente sólo para los delitos contra la propiedad.

PAVON VASCONCELOS cita a LABIUT, quien dijo que la operancia del consentimiento del interesado está íntimamente relacionada con los motivos de la ley penal para tutelar un interés jurídico determinado. (953)

(950) REYES, Derecho Penal. Parte General. p. 228. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(951) Cfr. JIMÉNEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, p. 409. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(952) Cfr. Código de Justicia Militar.

(953) PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 325. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

Este instituto jurídico ha sido llamado "consentimiento del derecho-habiente", "consentimiento del sujeto pasivo" o "consentimiento del ofendido"; estas dos últimas denominaciones no resultan ser muy aceptables, porque aluden a lo que sería la "víctima del delito" y en este caso no hay delito y además no en todas las hipótesis el pasivo es el titular del bien jurídico n es válido su consentimiento.

MEZGER opina que si la lesión del interés jurídico es el contenido de la antijuridicidad, la ausencia de interés y el interés preponderante determinan la justificación. Atiende que hay ausencia de interés: "Cuando la voluntad, que normalmente se entiende lesionada por la realización típica, no existe en el caso concreto." (954)

El mismo autor encuentra que hay dos causas de justificación que se encuentran apoyadas en el principio de la ausencia de interés, a saber: El consentimiento del ofendido y el consentimiento presunto. De las cuales, obviamente, sólo acepto a la primera, porque el consentimiento presunto, podría dar lugar a una ausencia de conducta fundada en el error. (955)

El consentimiento del interesado (956) consiste "en aquella manifestación de voluntad mediante la cual, quien es capaz de actuar renuncia a su interés jurídicamente protegido, del que válidamente puede disponer." (957)

PAVON VASCONCELOS indica: "La ausencia de interés del titular hace permitida la conducta, por permanecer en el ámbito de lo no prohibido constituyendo en esa virtud una causa de justificación, aspecto negativo de la antijuridicidad." (958)

En mi concepto, existe consentimiento del interesado: Cuando la persona capaz de disponer de un derecho reconocido en el orden jurídico, referido a un bien de libre disposición, permite que un tercero realice sobre él determinada conducta típica y antijurídica, que es justificada en virtud de la ausencia de interés que por él demuestra.

REYES indica: "Es esta una causal de justificación no codificada que excluye el delito, por cuanto el ordenamiento jurídico ampliamente entendido ha concedido al titular del bien protegido la facultad de disponer de él, teniendo en cuenta que se trata de muy particulares intereses y que, por lo mismo, no causa con ello visible dano al grupo social." (959)

SOLER expone que "los bienes jurídicos a los cuales la tutela se refiere son bienes jurídicos (objeto de tutela) en cuanto el privado los considera y trata como valiosos, de modo que al otorgar permiso para su destrucción, ellos se tornan inidóneos como objeto de una valoración jurídica, ya que no son protegidos en su materialidad por el Derecho, sino a que son objeto de interés por parte del privado." (960)

(954) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. p. 410. Madrid, 1946.

(955) MEZGER. Op. cit. Si el consentimiento es presunto, es obvio que sobre él se tiene un error y ello origina, de acuerdo con mi sistema, una ausencia de conducta.

(956) Es más propio llamarle "consentimiento del interesado". Ya sobre el particular CASTRO NAJERA expuso: "El sujeto pasivo del delito es ((el titular dl derecho violado y jurídicamente protegido por la norma)). El ofendido será la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Es necesario, pues, la existencia del delito como causa para que pueda surgir como efecto el concepto de ofendido. Son las razones anteriormente anotadas las que nos impulsan a aceptar el término ((concepto del interesado)), como la terminología correcta a usar". El Consentimiento del Interesado, p. 59. México, 1962. Cfr. PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 326. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

(957) Esto opina RANIERI. Manuale di Diritto Penale. Volumen I, p. 136. CEDAM, Padova, 1956.

(958) PAVON VASCONCELOS. Op. cit. p. 326.

(959) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 236. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(960) SOLER. Derecho Penal Argentino. Tomo I. p. 373. Buenos Aires, 1951.

(a) LOS REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO.

El consentimiento del ofendido únicamente puede ser aceptado como causal de exclusión de la antijuridicidad, cuando reúna los siguientes requisitos: 1) Que sea hecho por persona capaz de otorgar su asentimiento. 2) Que sea previo o coetáneo a la conducta típica. 3) Que esté referido a bienes jurídicos disponibles. 4) Que sea voluntario y manifiesto. (961)

Que sea hecho por persona capaz de consentir, implica que quien lo otorgue sea en primer lugar, el titular del Derecho, que tenga ese poder de disposición y que tenga capacidad para hacer valer el consentimiento. La única representación válida es por cuanto hace a los menores y a los incapaces jurídicos. (962)

En estos casos especiales, la autoridad tiene que poner un cuidado muy especial para determinar hasta que punto son beneficiados o vulnerados los derechos de los menores e incapaces con el consentimiento otorgado por sus legítimos representantes, para saber si les concede los efectos propios de las justificantes. (963)

REYES comenta: "Por eso el legislador en algunos casos declara ilícita la conducta del agente a pesar del consentimiento del sujeto pasivo cuando éste es menor de edad; tal ocurre con la llamada violencia carnal presunta (art. 303 C.P.), al referirse a la legislación colombiana. (964)

Que sea previo o coetáneo a la conducta típica y antijurídica, quiere decir que sea antes o conjuntamente a su realización. El consentimiento *post factum* (posterior al hecho) no origina la inexistencia del delito, en todo caso podría darse la renuncia al Derecho de querrelarse o el otorgamiento del perdón. (965)

MERZER dice que el consentimiento posterior equivale a la ratificación y no reemplaza al verdadero consentimiento (a anterior o coetáneo) porque la conducta ya es irreversible, por ser un acontecimiento natural o fáctico y no puede deshacerse una vez que ha sido consumada. (966)

PAVON VASCONCELOS expone: "En cambio, la renovación, del consentimiento sólo puede operar antes de la actividad o inactividad corporal (conducta), dado que la ratificación posterior o consentimiento *post factum* n produce efectos jurídicos de ninguna especie." (967)

(961) REYES señala como elementos del consentimiento los siguientes: 1º) Que se trate de un derecho susceptible de disposición; 2º) Que el consentimiento se otorgue previo o coetáneamente a la acción típica; 3º) Que la persona sea capaz de consentir, y 4º) Que el consentimiento sea voluntario o manifiesto. Derecho Penal. Parte General. p. 236. Universidad del Externo de Colombia. Bogotá, 1934.

(962) PAVON VASCONCELOS dice que: "La representación excluye el consentimiento por ser ((inconciliable con el carácter personal del interés protegido penalmente))", al citar a MAGGIORE. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Parte General, pp. 327-328. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974. MAGGIORE. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, p. 27. Editorial Ediar. Buenos Aires. "Cuando estamos frente a una manifestación de voluntad, quien la emite debe tener la capacidad jurídica necesaria para consentir; en consecuencia, la minoría de edad y la enajenación mental, en términos generales, la excluyen". REYES. Op. cit. p. 236. Yo me pronuncio a favor de la representación legal de los casos menores e incapaces. SATELLI y ROMANO DIFALCO dicen que la representación también es eficaz para hacer operar el consentimiento. *Comentario*. Tomo I. p. 298.

(963) Desde mi punto de vista, el aborto debe ser permitido en persona menor de edad o incapaz, con el sólo requisito de que el consentimiento que se requiere sea otorgado por sus legítimos representantes.

(964) REYES. Op. cit. p. 236.

(965) Si una vez conocida la conducta típica el interesado renuncia a sus intereses sobre el bien jurídico, puede manifestarlo a la autoridad y si procede, se hará válida su renuncia. Si no, puede presentar su querrela y en ese mismo momento, otorgar el perdón. Desde luego, para que proceda el perdón es necesario que exista la querrela, no puede perdonarse algo que no se ha acusado.

(966) MERZER. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. p. 420. Madrid, 1955. El consentimiento debe existir en el instante en que sea efectuada la acción u omisión corporal. Así opina también JIMENEZ HUERTGA. *La Antijuridicidad*. p. 188. Imprenta Universitaria. México, 1952.

(967) PAVON VASCONCELOS. Op. cit. p. 329.

Así pues, hasta el momento tenemos que el consentimiento del interesado para operar como causal de justificación, requiere que sea hecho por persona capaz de consentir y que se otorgue anterior o coetáneamente a la conducta típica y antijurídica, que trata de acogerse a sus beneficios.

También se requiere que el perdón esté referido a bienes jurídicos en los cuales el sujeto pueda hacer libre disposición. No es válido en intereses personalísimos, tales como la vida y sí lo es en bienes materiales, como por ejemplo la posesión y propiedad personales. Sin embargo algunos autores hablan de que sean determinados por las relaciones de convivencia social. (968)

MAGGIORE considera bienes disponibles a los derechos reales a los derechos de obligación y bienes indisponibles, los derechos no patrimoniales, típica o medianamente públicos, como los bienes sociales o estatales (derechos de familia, integridad y salud de la estirpe, fe pública), etc., explica PAVON VASCONCELOS. (969)

Es obvio que solamente podemos disponer de los derechos que recaen sobre los bienes jurídicos de las personas y dentro de ellos, solamente de los que no son personalísimos. De los bienes jurídicos de la sociedad y del Estado nadie puede hacer libre disposición, porque ninguno es titular en especie de ellos. (970)

Por último, el consentimiento otorgado debe ser voluntario y manifiesto; el error, el dolo y la violencia son vicios de la voluntad que impiden la integración del consentimiento; el asentimiento debe ser otorgado mediante un acto en el cual se exprese el querer y el entender del sujeto. (971)

En el ámbito de lo jurídico no es válida aquella frase popular que dice que "el que calla otorga", debe manifestarse la voluntad de consentir a través de la palabra, la escritura" o de cualquier otra forma que permita deducir en forma clara su asentimiento (gestos, ademanes, etc.)." (972)

En este sentido, es inválido hablar del consentimiento presunto, al cual aludió MEZGER. (973) Sin embargo, REYES, contradiciendo sus pensamientos, admite que pueda darse el consentimiento presunto, cuando hay imposibilidad de externar el asentimiento, si las circunstancias del hecho permiten suponerlo lógicamente. (974)

Menciona en estos supuestos a la gestión de negocios (negotiorum gestio), que yo ubiqué en el ejercicio de un derecho y el caso en que el médico debe intervenir quirúrgicamente a alguno que se halla en estado de inconsciencia y no hay persona que otorgue el consentimiento por él, que es un evidente estado de necesidad. (975)

(170) LAS CONSECUENCIAS DE LA AUSENCIA DEL ELEMENTO VALORATIVO.

Como último punto en este tema voy a tratar los efectos que se dejan sentir en los ámbitos fáctico y jurídico, cuando resulta que hay una norma justificativa que ampara al autor de una conducta típica que además es formal y materialmente antijurídica; empero, que no llegó a ser declarada como delito, por faltarle la antijuridicidad.

(968) MANZINI dice: "Los límites señalados por la ley penal a la potestad de disponer de derechos o intereses privados están determinados por la convivencia (interés público) de impedir que el poder de la voluntad privada llegue hasta invadir funciones reservadas a la potestad pública; o bien de la oportunidad de prohibir penalmente ciertos negocios privados o ciertos hechos dañosos al interés general o en oposición con disciplinas impuestas por el bien común". Tratado de Derecho Penal. Tomo II. p. 27. Ediar. Buenos Aires, 1953.

(969) PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 328. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974.

(970) Los derechos de la sociedad son comunes y los del Estado pertenecen al grupo, por lo tanto nadie puede otorgar consentimiento para que otro disponga de ellos.

(971) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 238. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984.

(972) Idem.

(973) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. p. 410. Madrid, 1955.

(974) REYES. Op. cit. p. 238.

(975) Idem.

Recordemos un poco de la nueva estructura del delito: Dije que el ordenamiento legal en el aspecto punitivo incluye sus previsiones en tres clases de normas que, en la disciplina jurídica deben recibir el nombre de tipos, denominación que no debe ser equiparada por los delitos-tipos o figuras delictivas.

En un primer plano, tenemos aquellos tipos cuya función es la de restringir el comportamiento humano; pueden hacerlo mediante prohibiciones y prescripciones y, al ser contrariado el deber que emana de ellos, dan lugar a la antijuridicidad, problema del que ya nos hemos ocupado en términos generales.

La antijuridicidad es el elemento esencial general valorativo del delito, que es realizado mediante el proceso objetivo-subjetivo y se traduce simplemente en la contrariedad a los deberes jurídico-penales. Se concreta mediante un procedimiento de excepción-regla, cuando no existe una norma de justificación a favor del sujeto.

Entonces, es obligado notar que nos falta por explicar aquellas normas a las que denominamos "tipos justificativos", "normas justificantes" o simplemente "causas de justificación." La función de estas normas es básica e importante: Tienen como objetivo hacer justa una conducta típica, formal y materialmente antijurídica.

Impiden que la antijuridicidad llegue a concretarse jurídicamente. En una conducta justificada aparece la antijuridicidad material y sucede que estas normas justificativas hacen desaparecer el carácter antijurídico del comportamiento; de hecho, la antijuridicidad tuvo existencia, pero fue negada jurídicamente.

Si ya anoté que la antijuridicidad en general es la contrariedad a las normas jurídicas, falta que diga que el vocablo que se contrapone a ella es el "no antijurídico", o si se prefiere "justificado" y no lo "jurídico" como se ha pretendido y como llegó a afirmar JIMÉNEZ DE ASÚA. (976)

Cabe aclarar que todas las normas de derecho, sean prohibitivas, prescriptivas, justificativas, descriptivas, etc., son jurídicas. Las dos primeras pueden ser dadas antijurídicas, cuando no encuentren abrigo en un tipo justificador, cuya función es precisamente negar el carácter antijurídico de ciertas conductas.

La conducta punitiva puede estar amparada por una justificante que se prevea en una norma jurídica extrapenal; de la misma manera, la conducta que no es meramente penal puede encontrar cobijo en una justificante de nuestros ordenamientos punitivos.

Veamos: Alguien caso de presunto robo puede ampararse en el derecho de retención que prevé la ley civil y nos encontramos con que la conducta se cobija en el ejercicio de un derecho. Asimismo, el incumplimiento de una obligación fiscal puede ser beneficiado por un impedimento legítimo o por un estado de necesidad, del orden penal.

Todo esto se explica por las relaciones interdisciplinarias que existen en las materias en las que puede desglosarse a ciencia jurídica que, como tronco común, posee todo un sistema que es utilizado en las relaciones procesales, en las que se evidencia la unión entre las ciencias jurídicas.

El sistema jurídico tiene, entre uno de sus fines, buscar la realización de la justicia, por ello es perfectamente válido afirmar que las normas justificativas tienen como función la de hacer justa una conducta típica, que es formal y materialmente antijurídica, con ello reafirman las disposiciones del ordenamiento penal.

(a) COMO ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTIJURIDICIDAD.

A cada uno de los elementos del aspecto positivo del delito le corresponde una causa que se le contrapona y que tiene como función específica la de negarlo. Recuérdese que a HEBEL y BAUER les gusta decir que las normas justificativas son las negación de la negación y que dan lugar a la afirmación del Derecho. (977)

Estas normas justificativas constituyen el aspecto negativo del tercer elemento del delito denominado elemento esencial valorativo o antijuridicidad. Se cuentan en un número de siete, que son las que ordinariamente reconocen la mayoría de las legislaciones penales en el mundo.

Cuando estamos en presencia de una de las normas que hacen justa a la conducta, de acuerdo con el orden lógico que debe prevalecer entre los elementos del delito, existen una conducta, una tipicidad y una antijuridicidad que no puede llegar a concretarse, porque la justificante se lo impide.

En este supuesto es procedente declarar la inexistencia del delito, por no antijuridicidad o justificación. Lo mismo ocurre en los casos en que no puede ser comprobada la existencia del deber ser jurídico-penal, que es el presupuesto del elemento valorativo o antijuridicidad.

En atención a este orden lógico, la ausencia del ente jurídico por "no antijuridicidad" o "justificación" debe aparecer inmediatamente antes de la culpabilidad e inmediatamente después de la tipicidad. Si resulta que al sujeto lo beneficia la presencia de un tipo de justificación, ya no será necesario pasar al análisis de la culpabilidad.

Como aspecto negativo de la antijuridicidad, las causas de justificación dan lugar a la ausencia del delito, a la cual es imposible ligar las consecuencias jurídicas que se prevén para quienes violen las normas e integren con ello un delito y se compruebe su responsabilidad. Inclusive es impropio de la compensación del daño.

Si bien es cierto que en la realidad fáctica sigue existiendo el daño material o moral o el perjuicio ocasionado por esa conducta típica, no menos lo es que en ausencia de delito no pueda originarse consecuencia penal alguna y que los daños se deben quedar tal cual son, ni siquiera habrá responsabilidad civil derivada de delito, puesto que hubo ente jurídico-penal, y es inútil analizar la responsabilidad penal.

A lo más, yo me atrevería a proponer la existencia de una compensación a cargo del Estado, o bien que en su defecto fuese creado un fondo civil social de ayuda mutua que respondiera en estos supuestos a las personas que sufrieron los daños o perjuicios.

(b) LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS NORMAS JUSTIFICATIVAS Y LAS NORMAS DE DEBER.

Al parecer las normas que justifican y las normas de deber que exculpan, son similares; analizando cada una en forma minuciosa advierto que notas en común tienen muy pocas; en cambio, las hacen diferentes muchas situaciones más, de las cuales a continuación anoto algunas.

Vamos a ver que las semejanzas que existen entre una y otra normas podrían ser, que ambas tienen en común el objeto de examinar la conducta humana conforándola a las disposiciones jurídicas y que dan lugar a una hipótesis de no delitos, porque las dos son aspectos negativos de alguno de sus elementos constitutivos.

Las normas se difieren en muchos aspectos: En tanto que las normas justificativas son normas de Derecho que pertenecen al orden legal, las normas de deber pertenecen al hecho, a la realidad fáctica. Es decir, que las normas justificativas se encuentran taxativamente enunciadas en la legislación penal o se apoyan en las extrapenales, mientras que las normas de deber tienen origen solamente en las circunstancias que concurren en el momento del hecho.

Las primeras son jurídicas penal o extrapenalmente aun antes de que se materialicen, las segundas no lo son hasta en tanto el sistema no las adopte para sí, otorgándoles la facultad de exculpar al autor de una conducta típica y antijurídica.

Aquí viene otra situación que las distingue de tajo: Las normas de derecho podrán ser "no antijurídicas" o "justificadas"; y las normas de deber siempre conservarán su calidad de antijurídicas y son solamente exculpantes, no hay poder alguno que les quite el carácter antijurídico.

Las que se mencionan en primer plano tienen la facultad de impedir que la antijuridicidad llegue a concretarse, las normas de deber no permiten el nacimiento de la culpabilidad, siempre y cuando sea entendida como el reproche de la conducta típica y antijurídica y contenga dentro de sus elementos a la exigibilidad.

Se me olvidaba anotar otra semejanza, que además nos sirve al mismo tiempo para señalar una diferencia más, veamos el por qué: En ambas concurre el principio del interés preponderante. En las justificativas (de derecho) hay una colisión de intereses jurídicamente resguardados, en donde triunfa aquel que el sistema jurídico y la sociedad le contienen un mayor valor.

En cambio, en las normas de deber (de hecho), la colisión es entre normas y triunfa con base en el principio del interés preponderante aquella norma a la cual la sociedad y el sistema jurídico le otorgan mayor validez.

La norma justificativa es un imperativo categórico, una explicitación legalmente limitada por los requisitos que deben reunirse para lograr que nos otorguen sus beneficios; en cambio la norma de deber es un imperativo hipotético, que nace a virtud de las circunstancias de hecho que concurren en el momento delictivo.

Las causas por las que puede acogerse un sujeto a las normas justificativas son las siguientes: Por haber actuado en: Legítima defensa, ante un estado de necesidad, en el ejercicio de un derecho, en el cumplimiento de un deber, por un impedimento legítimo, en obediencia jerárquica o con el consentimiento del interesado.

Las normas de deber no podemos enumerarlas en forma casuística, en atención a que las circunstancias concurrentes en el momento delictivo nunca serán enteramente iguales y enmarcarlas dentro de ciertos parámetros significaría disminuir su eficacia y negar el motivo por el cual fueron creadas.

El hombre se mueve en un mundo de circunstancias que son condición del entorno en el que se desarrolla, estas influyen en la conducta y a veces determinan, las circunstancias que califican o modifican una situación son cambiantes y es factible concluir que nunca habrá situaciones que sean enteramente iguales.

Esto nos imposibilita para que enunciemos las normas de deber, aunque sí puedo hablarles de su función. Impiden que al sujeto le sea exigible un actuar que sea conforme a las previsiones jurídicas, cuando en atención a las circunstancias en que despliega la conducta, cualquiera hubiera actuado igual.

Con las normas justificativas, el delito no llega a completarse; lo mismo sucede con las normas de deber, sólo que en las primeras el círculo se cierra en el aspecto negativo de la antijuridicidad y en las segundas, la ronda termina en aspecto negativo de la culpabilidad.

Las dos normas dan lugar a un aspecto negativo del delito; por lo tanto impiden su existencia en el mundo jurídico y con ello se hace imposible que ligan a la conducta las consecuencias previstas en la norma. No hay lugar a la aplicación de penas, de medidas de tratamiento especializado y ni siquiera a la compensación del daño, que es una pena.

Las normas de deber se fundamentan en que racionalmente no le sea exigible a la persona normal una conducta diversa, no se trata del comportamiento que pueda tener el super-hombre, el santurrón o una persona sumamente virtuosa, basta con el que observa el hombre común y corriente.

Un ejemplo de cada norma me servirá para completar lo expuesto con antelación. a) Normas justificativas: (Recuérdese que es de Derecho). Ante una agresión actual de la cual resultaba un peligro irminente para su persona, JUAN ha desplegado un contraataque, privando de la vida a MATÍO.

JUAN no provocó la agresión, no dio causa inmediata y suficiente para ella, no previó el ataque, que además no podía evitar fácilmente por otros medios legales y hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa. De acuerdo con la fracción III del artículo 15 del CPF, su conducta se encuentra justificada con la legítima defensa. b) Norma de deber o de hecho: (Recuérdese que pertenece a la realidad fáctica. María, como consecuencia de una violación resulta embarazada y va con un médico para que provoque la interrupción de su estado gestante. Esta es una hipótesis de no exigibilidad de otra conducta.

Como caso curioso se encuentra prevista en un delito-tipo, en el artículo 333 del CPF. A MARIA no podría exigírsele que diera a luz a un hijo que no desea, aunque habría mujeres que sí lo tendrían (las virtuosas), porque cualquier otra persona haría lo mismo, se se encontrara en esas circunstancias.

(c) LA VALIDEZ DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Para poder hacer válidos los efectos de las normas justificativas, se precisa que se hayan probado y comprobado todos y cada uno de los requisitos que exige la ley, sean de fondo o de forma, para transformar en legal o justa una conducta que es formal y materialmente antijurídica.

Ya analicé cuáles son los requisitos de pervivencia legal para que las normas justificativas puedan cumplir con la función de negar la antijuridicidad en el mundo jurídico. Cabe añadir que en una misma hipótesis no pueden concurrir dos o más causas de justificación, es decir que los dos sujetos no pueden alegar sus beneficios.

ZAFFARONI nos aclara esta cuestión cuando explica que "no es admisible la concurrencia contraria de causas de justificación, o sea, que a una conducta justificada se le oponga otra también justificada. Se trataría de un caso de aparente contradicción normativa o bien, una de las normas no sería válida." (978)

Sin embargo, una conducta sí puede quedar bajo el amparo de dos o más causas de justificación, verbí gratia una legítima defensa y un estado de necesidad. Basta para hacer justa la conducta, que se pruebe y se compruebe que se han reunido todos los requisitos de legalidad de uno solo de los tipos justificativos.

De la misma manera, puede ser posible que no se lleguen a reunir todos los requisitos de una norma justificativa, aunque sí se llenen los de otra. Así en una conducta que pretende ser beneficiada por la legítima defensa y que no logra cumplir su objetivo porque, por ejemplo, el CPF exige que la agresión sea violenta y en una agresión omisiva la violencia no concurre, podríamos alegar un estado de necesidad.

El mismo ZAFFARONI lo explica en las siguientes líneas: "Igualmente, descartada una tipicidad permisiva, puede darse otra: Frente a una ausencia de consentimiento, puede haber un estado de necesidad justificante (en el supuesto de que falte el fin de la defensa puede, sin embargo, estar presente el de evitar un mal mayor." (979)

Hay que dejar bien claro que una norma justificativa no excluye a la otra, "en razón de que no hay jerarquía entre las causas de justificación." (980) Todos los tipos justificativos tienen el mismo valor jurídicamente hablando.

En términos generales, la ausencia de antijuridicidad funciona de la misma forma para los delitos dolosos y los culposos. Mediante el procedimiento de excepción-regla, debe verificarse que la conducta cometida con intención directa o indirecta, tenga la posibilidad de cobijarse con la justificante.

El procedimiento es bien sencillo: Basta con aplicar los postulados de la parte general al tipo previsto en la parte especial y verificar si por su esencia, el tipo específico permite la presencia de la justificante. No voy a alegar legítima defensa en una violación, si el contraataque no es desplegado por quien se pretende violar.

Enfocando directamente las explicaciones contenidas en la fracción III del artículo 15 del CPF (legítima defensa), al numeral 265 del mismo ordenamiento (delito-tipo de violación), resalta la imposibilidad de afirmar que la cópula violenta puede ser beneficiada por alguna de las causas de justificación.

Hay que reconocer que la absurda inclusión de la antijuridicidad especial tipificada en algunos de los postulados de explicitación de los delitos-tipo contenidos en la parte especial del CPF, presenta serios problemas en el momento de concretar la antijuridicidad, porque si no logra probarse, la conducta tendrá que ser declarada como no antijurídica.

Las causas de justificación benefician además tanto a los delitos activos como pasivos y a las conductas que con ellos puedan hacerse, basta con probar y comprobar que han sido cubiertos todos los requisitos de legalidad que pide la norma.

Es muy importante que las autoridades ministerial y judicial y que los defensores de oficio y particulares expongan claramente en sus razonamientos, con que elementos logra probarse o desvirtuarse la existencia de cada uno de los requisitos de legalidad de las normas justificativas.

El Ministerio Público deberá hacerlo para fundamentar y motivar la abstención o el ejercicio de la acción penal, o bien para precisar su acusación. Recuérdese que en la mayor parte de los casos, por su culpa están afuera los culpables y adentro los inocentes, por ello resalto la importancia de que el órgano acusador adquiera una buena técnica.

Para el defensor también es muy importante que precise en este aspecto, porque de él depende que a su cliente le sea dictada una sentencia favorable. Con ello puede despertar la atención del juzgador y lograr desvirtuar las acusaciones de la representación social, en beneficio del acusado.

La autoridad judicial ni se diga que tiene que poner especial atención en estas hipótesis, porque no siempre las acusaciones son precisas y no le es dable suplir las deficiencias del órgano técnico jurídico, y lo más importante es que con su sentencia tiene que buscar la afirmación de los principios jurídicos.

(d) EL TRATAMIENTO LEGAL DE LAS JUSTIFICANTES.

En la legislación penal de 31 y en las de los demás Estados de la República, se consigna en la parte general como normas justificativas las siguientes: Legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, impedimento legítimo, obediencia jerárquica y consentimiento del ofendido (en la mayoría).

La parte especial del CPF anota además, en forma inútil, otros supuestos de justificantes; a manera de ejemplo cito el artículo 340, que dice que será sancionado con prisión quien deje de facilitar o prestar auxilio a una persona en peligro, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal.

Este es un requisito sin utilidad alguna, ya que la conducta podría ampararse, se no ocurre a primera vista, en un estado de necesidad o en un impedimento legítimo, previstos ya en la parte general, como aspectos negativos del delito.

Asimismo, este ordenamiento comprende las normas justificativas en un capítulo denominado "circunstancias excluyentes de responsabilidad" y luego dice que sólo son excluyentes de responsabilidad penal y con evidente falta de sistematización y de técnica jurídica, las coloca con otras hipótesis de no delito (no de irresponsabilidad), sin llegar a explicar que aspecto negativo del delito provocan.

Sea cual fuere el sitio en donde se las coloque, las causas de justificación son el aspecto negativo de la anti-juridicidad y no de la responsabilidad; consecuentemente la conducta que amparan no puede originar consecuencia jurídicas, ni siquiera la compensación del daño bajo ningún concepto.

Ya dije que pienso que en estos casos es el Estado quien debe reivindicar a las personas que fueron reclusas en prisión preventiva en tanto duró el proceso, reconociendo además en forma pública su inocencia; por ejemplo, podría ser mediante la lectura pública o la publicación especial de sentencia por su cuenta.

Es de todos sabido que los efectos de estigmatización de la prisión (aunque sea preventiva) no han acabado, por lo tanto es plausible que el Estado reconozca públicamente su inocencia, si de autos resulta que lo beneficia no solamente una de las causas de justificación, sino cualquier aspecto negativo del delito o la irresponsabilidad.

Este procedimiento especial debe hacerse valer de oficio y no a petición de parte o por orden de la autoridad judicial de amparo. La restitución de la fama pública debe ser garantizada obligatoriamente por el juzgador, en todos los casos de ausencia de delito o de irresponsabilidad.

En lo que corresponde a la autoridad ministerial también debe hacer suya la obligación de declarar que concurre un aspecto negativo del delito o la irresponsabilidad desde la averiguación previa y abstenerse de hacer la consignación de causas que no están bien integradas o procurar trabajarlas bien.

Si aparece en la indagatoria que el sujeto se encuentra bajo el amparo de una justificante, el delito no existe y entonces el Ministerio Público no tiene que investigar ni por qué perseguir al autor de una conducta justificada. Podrán decirlo los cánones legales, pero está mal y propongo que se modifique.

De todos es bien sabido que la consignación irracional de expedientes lo único que ha provocado es una carga enorme de trabajo en los juzgados y que esto va en detrimento de una justicia pronta y expedita que proclama la CPEUM, la función declarativa debe ser para el representante social y para el juzgador.

Cada uno la ejercerá en el momento procesal oportuno y el primero evitará consignaciones injustas y el segundo, proveerá a sentencias más justas. Con ello lograremos reafirmar los postulados del sistema jurídico.

(c) EL EXCESO EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Cuando hay exceso en una causa de justificación, la conducta desplegada por el sujeto en tales condiciones no puede llegar a hacerse justa en forma plena; adquiere un levisimo matiz de justificación que hace que la pena disminuya, por lo cual no puede punirse con la punibilidad que se prevé para el delito doloso.

Como dice ZAFFARONI: "No hay culpabilidad disminuida en tal supuesto, sino que se trata de una disminución de la anti-juridicidad: es menos anti-jurídica la acción que comienza siendo justificada y pasa a ser anti-jurídica, que aquella que comienza y concluye siendo anti-jurídica." (981)

Podemos interpretar el artículo 16 del CPT de la siguiente manera: El exceso en las causas de justificación se sanciona con la pena que se prevé para la culpa, lo cual no quiere decir que el delito sea cometido en forma culposa (in bonam partem), aunque tampoco significa negar que así sea (in malam partem), simplemente está utilizándose la sanción prevista para la intención indirecta.

Si queremos hablar del exceso en una causa de justificación es preciso que desde que se origina la conducta ya pueda acogerse a sus beneficios; no puede decirse que hay exceso en una conducta que inicia siendo anti-jurídica de por sí.

Esto es que para que pueda afirmarse que existe el exceso en la legítima defensa y con él se da la reducción de la pena prevista en el ordenamiento, se precisa que se compruebe que la conducta primeramente llenó todos los requisitos de legalidad que se prevén para que opere la justificante, por ejemplo. (982)

Puede suceder que en uno de los delitos denominados de "doble conducta", una sola de ellas se encuentre justificada y que la otra a más de ser típica sea anti-jurídica. Pero no puede alcanzarse la misma justificante a las dos, en todo caso cada una tendría que probar que puede acogerse a los beneficios de alguna causa.

En el caso de que se trate de actos, si podrían acogerse todos a una misma justificante; puesto que una reunión de actos sucesivos enlazados entre sí, forman una sola conducta. La justificante no beneficia a los delitos continuados, sino cuando cada uno de las conductas alcanza el beneficio específico de esta justificante. (983)

ZAFFARONI opina: "Quien continúa golpeando al atacante cuando el ataque ha cesado, se excede; quien altera por la modalidad del empleo del medio la primitiva racionalidad del medio necesario a la defensa, también se excede; pero, el que cambia de medio inicia otra conducta que es agresiva y no defensiva; quien con los puños detiene una agresión y una vez logrado esto, emplea una arma de fuego contra quien fue su agresor, no se excede en la defensa, sino que se convierte en agresor de una conducta diferente. (984)

(982) Cfr. MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad. Problema Capital del Derecho., p. 121 Trabajo de Investigación. Concurso de Investigación Jurídico-Penal del Estado de Durango., México, 1984.

(983) ZAFFARONI asegura que "por supuesto, debe tratarse de una misma acción, o sea que no puede haber solución de continuidad en la conducta, pues en tal caso serían dos conductas. También puede tratarse de una intensificación puede ser de tal naturaleza que cambie la conducta francamente agresiva". Teoría del Delito. pp. 501-502. Editorial Ediar. Buenos Aires 1963.

(984) ZAFFARONI Idem. En el caso que trata ZAFFARONI existe solamente la venganza, originada por una conducta diversa a la que pretendió repeler el ataque, dado que faltan los requisitos de realidad, actualidad o inminencia de la agresión, y además el peligro ya ha cesado.

(E) LOS CUADROS SINOPTICOS.

(a) EL ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO VALORATIVO DEL DELITO. LA PRESENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

PRINCIPIO RECTOR: Nullum crimen sine anti-juridicidad (no hay delito sin anti-juridicidad).

CONCEPTO: Es la contrariedad al deber ser jurídico-penal.

ESTRUCTURA:

1. El presupuesto:
La existencia del deber ser jurídico-penal

Deber que se impone erga omnes y puede ser dirigido a un sujeto en particular.

En las normas prescriptivas:

a) de abstenerse, dirigido a la conducta y al resultado.

En las normas prohibitivas:

a) de abstenerse de realizar una conducta omisiva.

b) de obrar para impedir el resultado.

Se obtiene de la posición legal de garantía.

2. El elemento: La contrariedad al deber ser jurídico-penal.

FUNCION DE LA ANTIJURIDICIDAD:

Es la base para proceder a valorar la culpabilidad.

LA CONCRECIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD:

A través del procedimiento de la excepción-regla, que marca que una conducta típica es anti-jurídica, cuando no está amparada por una causa de justificación.

LA VALORACIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD:

Por medio de un juicio subjetivo-objetivo, en donde lo subjetivo pertenece a la persona encargada de la valoración y lo objetivo a la conducta a valorar.

(b) LAS CLASES DE ANTIJURIDICIDAD.

LA ANTIJURIDICIDAD EN GENERAL:

Es la contradicción a los postulados de las normas jurídicas, adquiere una calificación acorde a la naturaleza de la norma.

LA ANTIJURIDICIDAD EN MATERIAL-PENAL:

Es la contradicción a una norma jurídico-penal.

LA ANTIJURIDICIDAD FORMAL O NOMINAL:

Es la descripción de la conducta prohibida o prescrita en el delito-tipo que es hecha en un juicio de valoración objetiva.

LA ANTIJURIDICIDAD REAL O MATERIAL:

Es la contradicción al deber ser que emana de la norma. Este es el elemento esencial general valorativo del delito.

LA ANTIJURIDICIDAD SUBJETIVA:

Es la contradicción subjetiva entre el comportamiento humano y la norma jurídica. Puede identificarse con la antijuridicidad formal.

LA ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA:

Es la contradicción al deber ser jurídico penal, se identifica con la antijuridicidad material.

LA ANTIJURIDICIDAD POTENCIAL:

Es la descripción normativa de la conducta anti-jurídica.

LA ANTIJURIDICIDAD ACTUAL:

Es la contradicción al deber ser jurídico-penal no amparada por una justificante.

(c) LA POSICION LEGAL DE GARANTIA:

- CONCEPTO:** Es un deber especial, relacionado con la conducta omisiva, que ayuda a producir o no evita un resultado material en un bien jurídico, cuando se tiene que procurar su protección.
- ORIGEN:** Es un vínculo legal que va de individuo a valor penal, creado o reconocido por el ordenamiento jurídico, para protección y salvaguardia de los bienes.
- OBJETIVO:** Responsabilizar a un sujeto del resultado acaecido, porque omitió desplegar la conducta necesaria para procurar la integridad de un bien jurídico, que tenía la obligación de salvaguardar.
- SURGIMIENTO:** 1. Del sistema jurídico-legal (Leyes, decretos, reglamentos, resoluciones de los tribunales y disposiciones jurídicas consuetudinarias). 2. De una aceptación efectiva (cualquier acuerdo de voluntades que tenga por objeto crear obligaciones). 3. De una conducta anterior peligrosa. 4. De especiales agrupaciones de seguridad o de peligro.
- EFECTOS:** El sujeto que se encuentra en posición legal de garantía con respecto a un bien y no procura su salvaguarda por omiso, responde del resultado material que ayudó a producir o no evitó, por no haber observado su deber.

(d) LOS LÍMITES DE LO ANTIJURÍDICO.

LA LICITUD Y LA ILICITUD: Lícito es lo que no está regulado en las normas restrictivas.
Ilícito es lo que está prohibido en alguna norma.

LO JUSTO Y LO INJUSTO: Justo jurídico es todo aquello que se conforma a los ordenamientos.
Injusto es lo que no encuentra fundamento en lo jurídico, la razón o la equidad.

LEGÍTIMO Y LO ILEGÍTIMO: Legítimo es aquello que prueba su calidad conforme a lo jurídico.
Ilegítimo es aquello que no logra probar su calidad conforme a lo jurídico.

LEGAL Y LO ILEGAL: Legal es lo que está incluido en un ordenamiento, que llena los requisitos de existencia y de validez.
Ilegal es aquello que no se conforme a los requisitos de existencia y de validez.

LO LEGÍTIMO Y LO ILEGÍTIMO: Lo legítimo ha probado su calidad conforme al ordenamiento jurídico, esta habilitado.
Lo ilegítimo no la he probado.

LO JURÍDICO Y NO JURÍDICO: Es jurídico todo aquello que está regulado en el sistema.
Lo no jurídico no está regulado en el sistema.

LO ANTIJURÍDICO Y LO NO ANTIJURÍDICO: Lo antijurídico es lo contrario a las normas jurídicas.
Lo no antijurídico no contraria a las normas jurídicas.

LO JUSTIFICADO Y LO NO JUSTIFICADO: Es justificado lo que el orden legal hace justo, a pesar de ser antijurídico.
Lo no justificado no pudo acogerse a ese beneficio legal.

(e) EL ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO VALORATIVO.

1. LA EXCEPCION: La existencia de un deber jurídico extrapenal o extralegal que el activo no ignora racional e invenciblemente.

2. LOS SUPUESTOS:
 - a) La ausencia del presupuesto: La inexistencia del deber ser jurídico-penal.
 - b) La ausencia del elemento: La aparición de cualesquiera de estas normas justificativas:
 - Legítima defensa.
 - Estado de necesidad.
 - Ejercicio de un derecho.
 - Cumplimiento de un deber.
 - Impedimento legítimo.
 - Obediencia debida.
 - Consentimiento del interesado.

3. CONSECUENCIAS: Anulan la anti-juridicidad de una conducta típica formal y materialmente anti-jurídica, impidiendo que se originen las consecuencias del delito, inclusive la acción civil de compensación del daño.

(f) LAS NORMAS JUSTIFICATIVAS.

DENOMINACION: Deben denominarse normas justificativas, a virtud de que deben estar taxativamente enunciadas en la ley y sólo justifican un comportamiento formal y materialmente jurídico.

FUNDAMENTO:

- a) Principio del interés preponderante con relación al bien jurídico de mayor entidad (ejercicio de un derecho).
- b) Principio del interés preponderante con relación a la conducta de mayor valía (legítima defensa, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, impedimento legítimo y obediencia jerárquica).
- c) Principio de la ausencia de interés (Consentimiento del interesado).

CLASIFICACION:

Comunes:	Legítima defensa. Estado de necesidad.
Personales:	Ejercicio de un derecho. Cumplimiento de un deber. Impedimento legítimo Obediencia jerárquica. Consentimiento del ofendido.

(g) LA LEGÍTIMA DEFENSA.

CONCEPTO: Es la conducta típica, formal y materialmente anti-jurídica, que es desplegada para defender un bien jurídico propio o ajeno de un ataque actual o inminente, que el ordenamiento jurídico justifica en virtud de un interés preponderante.

FUNDAMENTO: Subjetivo: Derecho a la defensa
Objetivo: Contraataque a una agresión injusta.
Jurídico: Principio del interés preponderante en razón de la conducta de mayor valía.

CLASIFICACION: Justificante común.

EXTENSION: Defensa propia.
Defensa a favor de terceros.

HIPOTESIS: 1. Que el bien jurídico que se sacrifica sea de mayor entidad que el que se salva.
2. Que el valor jurídico que se salvaguarda sea de mayor valía que el que sucumbe.
3. Que el bien sacrificado y el salvado tengan el mismo valor.

DEFINICION LEGAL: Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

ANIMO: Animus defendendi.

ELEMENTOS DE LA CONDUCTA OFENSIVA: 1. Agresión al bien jurídico (objetivo).
2. Animus defendendi (subjetivo)

ELEMENTOS DE LA CONDUCTA DEFENSIVA: 1. Contraataque a la agresión (objetivo).
2. Animus defendendi (subjetivo)

PROBLEMATICA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA:

- | | |
|---|---------------|
| 1. Contra una conducta justificada. | No procede. |
| 2. Contra una conducta lícita. | No procede. |
| 3. Contra una conducta culposa. | No procede. |
| 4. Contra un exceso en la legítima defensa. | No procede. |
| 5. Contra los incapaces. | No procede. |
| 6. A favor de los incapaces. | Sí procede. |
| 7. Contra el inculpable. | No procede. |
| 8. Contra los animales. | No procede. |
| 9. Legítima defensa y defensa putativa. | Sí coexisten. |
| 10. Legítima defensa y rifa. | No coexisten. |
| 11. Defensa putativa recíproca. | No procede. |
| 12. Defensa putativa culposa recíproca. | No procede. |
| 13. Legítima defensa y error esencial e invencible. | No procede. |
| 14. Legítima defensa y error vencible. | No procede. |
| 15. Legítima defensa y error accidental. | Sí coexisten. |
| 16. Legítima defensa en contra de una omisión. | Sí procede. |

(h) EL ESTADO DE NECESIDAD.

- CONCEPTO:** Es la conducta típica, formal y material antijurídica, que es desplegada para salvar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro actual o inminente, que es justificada a virtud de que el interés que sucumbe es de mayor entidad al salvado.
- FUNDAMENTO:** Subjetivo: Instinto de conservación, derecho a la defensa.
Objetivo: Necesidad de salvar un bien jurídico del peligro.
jurídico: Principio del interés preponderante en razón del bien jurídico de mayor valía.
- CLASIFICACION:** Justificante común.
- EXTENSION:** Estado de necesidad propio.
Estado de necesidad a favor de terceros.
- ORIGEN DEL PELIGRO:** La naturaleza.
Los animales.
Los seres humanos.
- HIPOTESIS:**
1. Que el bien jurídico sacrificado sea de mayor jerarquía que el salvado. Norma justificativa del estado de necesidad.
 2. Que el valor tutelado que se salva sea de la misma entidad que aquel que sucumbe. Causa exculpante de no exigibilidad.
 3. Que el interés jurídico que se salvaguarda sea de mayor valía que aquel que es lesionado. Probable delito, conducta antijurídica.
- DEFINICION LEGAL:** Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviera el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance.
- ANIMO:** *Animus preservationis.*

(1) EL EJERCICIO DE UN DERECHO.

CONCEPTO: Es la conducta típica, formal y materialmente anti-jurídica, que es justificada por actuar ejercitando una actuación reconocida por el sistema jurídico.

FUNDAMENTO: Subjetivo: Necesidad de ejercitar el derecho.
Objetivo: Ejercer legítimamente un derecho.
Jurídico: Principio del interés preponderante en razón de la conducta de mayor valía.

CLASIFICACION: Justificación personal.

HIPOTESIS: Entre otras:

- a) Derecho de corrección.
- b) Derecho disciplinario.
- c) Los offendiculae.
- d) Derecho de retención.
- e) Derecho de emitir y tomar información.
- f) Derecho de información o crónica periodística.
- g) Derechos de ejercicio profesional.
- h) Gestión de negocios.
- i) Lesiones en los deportes.
- j) Derechos de la abogacía.
- k) Derechos de familia.
- l) Actos emulativos.
- m) Derechos laborales.

LÍMITE: Ejercicio indebida del propio derecho (Cfr. Art. 2226 CFF)

(P) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1. ABARCA. El Derecho Penal en México.
2. ALMARAZ HARRIS. Tratado Teórico-Práctico de Derecho Penal. Tomo II.
3. ANTOGLISEI. Manual de Derecho Penal. 5.
4. ANZIO ONECA. Derecho Penal. Tomo I.
5. 6. BATTAGLINI. Diritto Penale. 7. BETTIOL. Diritto Penale. Parte Generale. 8. BETTIOL. Manual de Derecho Penal. Tomo I.
9. CARRARA. Programa del Curso de Derecho Criminal. 10. CAVALLO. Diritto Penale. Tomo I.
11. CUELLO CALON. Derecho Penal. Tomo I.
12. DELITALI. Contributo alla Revisione del Reato. 13. FERRER SAMA. Comentarios al Código Penal. Tomo I.
14. FERRI. Principios de Derecho Criminal. 15. FIGURETTI y VERBOGLIO. Sobre la Legítima Defensa. 16. FLORIAN. Parte Generale del Diritto Penale. 17. FRANCO GUZMAN. La Subjetividad en la Ilícitud. 18. FRANK. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. 19. GOMEZ. Tratado de Derecho Penal. Tomo I.
20. GRAP ZU DOBNA. La Ilícitud. 21. GRAP ZU DOBNA. La estructura de la Teoría del Delito. 22. HEGEL. Líneas Elementales de la Filosofía del Derecho. 23. ISLAS. Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida. 24. ISLAS y RAMÍREZ. Lógica del Tipo en el Derecho Penal. 25. JIMÉNEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomos I, III y IV. 26. JIMÉNEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. 27. JIMÉNEZ HERRERA. La Antijuridicidad. 28. KANT. Jus Necessitatis. 29. KEISEN. Teoría Pura del Derecho. 30. MAURACH. Tres Conferencias. 31. MAURACH. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. 32. MACCIGLIONE. Derecho Penal. Tomo I. 33. MASSARI. Il Momento Essecutivo del Reato. 34. MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad. Problema Capital del Derecho. 35. MEZZER. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. 36. MEZZER. Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudios. 37. PANAINI. Diritto Penale. Tomo II. 38. PAVON VASQUELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. 39. PEREZ. Derecho Penal. Tomo I. 40. PETROCCELLI. La Antijuridicidad. 41. PETROCCELLI. Pericolosità e AntiguricITÀ. 42. PORCIE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 43. PORCIE PETIT. Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal. 44. PORCIE PETIT. Programa de la Parte General de Derecho Penal. 45. PUIG PIERA. Derecho Penal. Tomo I. 46. RANIERI. Manuale di Diritto Penale. 47. RANIERI. Diritto Penale. 48. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 49. REYES. Derecho Penal. Parte General. 50. REYES. Derecho Penal Colombiano. Parte General. 51. SICO. La Defensa Justa. 52. SOLER. Derecho Penal Argentino. Tomo I. 53. VILLALOBOS. Derecho Penal Mexicano. 54. VON BURJ. Stato di Necessità e Leggitima Difesa. 54. VON LISZT. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. 56. WELZEL. Derecho Penal. 57. WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista. 58. ZAFFARONI. Teoría del Delito.

CAPÍTULO CUARTO.

NULLUM CRIMEN SINE CULPABILIDAD.

LA TEORÍA GENERAL DEL ELEMENTO NORMATIVO.

"Fundamento del principio de culpabilidad y responsabilidad es la capacidad del hombre para decidirse correctamente entre el Derecho y la injusticia. Solamente si existe esa libertad de decisión, tiene sentido reprochárselo al autor su culpabilidad".
JUANES WESSELS.

El cuarto lugar entre los componentes generales esenciales del delito, lo ocupa el elemento normativo o culpabilidad; éste es el último eslabón de la cadena delictiva y en el momento en que ha sido corroborada su presencia se agota el proceso de la valoración del ente jurídico-penal, que se cierra declarando su existencia.

La importancia del elemento normativo del delito es tal, que ha dado pie para que en nuestro sistema jurídico se proclame que no hay delito sin culpabilidad (*nullum crimen sine culpabilidad*) y esta pequeña frase ha sido reconocida como uno de los máximos principios que rigen en los llamados "Estados de Derecho".

Cuando nos toca el turno de valorar al elemento normativo del delito o culpabilidad, es porque ya hemos pasado por tres valoraciones más: La de la conducta (elemento subjetivo-material), la de la tipicidad (elemento regulador) y la de la antijuricidad (elemento valorativo); es decir, que tenemos una conducta típica y antijurídica.

La culpabilidad se concreta en el juicio de reproche que podemos fundarle al autor de una conducta típica y antijurídica, cuando obró en el ejercicio de su libertad de actuar y le era exigible un comportamiento diferente al que desplegó, para proceder a verificar su responsabilidad, individualizar e imponerle las sanciones.

La historia de la culpabilidad siempre ha estado ligada a tres conceptos fundamentales en la humanidad: La falta, la culpa y el castigo, que son la base para hacer válidas las conductas positivas producto de su moral, para procurar su conservación y bienestar y oponerse al comportamiento negativo de algunos sujetos.

Estos tres conceptos fueron trasladados al campo del sistema jurídico-penal y recibieron nombres diferentes, a saber: Delito, culpabilidad y sanción, tomando la última en un principio, solamente la modalidad de pena y en tiempos recientes, adquirió otro sentido, el de medida de tratamiento especializado, para los incapaces.

La falta, la culpa y el castigo son algo tan antiguo como el hombre y su historia. En la obra de CARRANCA y TRUJILLO se expone: "Desde las primeras asociaciones humanas encontramos ya hechos extra y antisociales, que a su vez se convertirían en hechos extra y antijurídicos." (1985).

La falta tiene su fundamento en los postulados sociales, morales y religiosos. Las conductas que fueron consideradas como formalmente antijurídicas nacieron primero en la práctica y el hombre, al ver que lesionaban valores fundamentales de la sociedad, las transforma en tipos delictivos, que forman parte de lo jurídico.

Un ilustre filósofo de apellido GUITTON, (1986) menciona tres aspectos de la falta en su disciplina, que son los siguientes:

(1985) CARRANCA y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano. Tomo I. p. 15. Antigua Librería Robredo. México. 1945-46

(1986) GUITTON. El Culpable ¿Es un Enfermo o un Pecador? Capítulo Primero. "Duración y Culpabilidad". pp. 12 y ss. Ediciones Desclée y Brouwer. Buenos Aires, 1952.

1. *Non possum non peccare* (no puedo dejar de pecar). El mal está dentro de nosotros mismos, es tan fuerte que no podemos oponerle resistencia. Desde que nacemos traemos el mal en nuestro ser y resulta que es más potente que uno mismo y que no logramos apartarlo.

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

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

La falta que lesionaba los valores fundamentales del grupo debía ser sancionada conforme al orden imperante. En un principio la base del castigo lo fue la responsabilidad objetiva y a la persona se la responsabilizaba simplemente por el daño que había producido al actuar, en esto se fijaba la culpa.

Antes de elaborar las teorías modernas de la culpabilidad, mucho se discutió acerca de la atribución y de la responsabilidad. Nadie podía ser castigado sin que se probara su culpabilidad y su responsabilidad y al proceder a fijar estos juicios se necesitaba que hubiera una persona a la cual atribuirle la conducta.

Para lograr resolver el problema de la atribución se entró en la gastada polémica del libre albedrío contra el determinismo. Los clásicos aceptaban que el hombre era libre, que podía optar hacia el bien o hacia el mal y basaban la responsabilidad moral en el llamado "libre albedrío".

En cambio, los positivistas, a los que siempre les ha gustado la contradicción con lo jurídico, dicen que el delito es producto de diversos factores endógenos y exógenos y que el hombre está determinado a la actuación por un sinnúmero de circunstancias. Hablan de la responsabilidad social basada en el determinismo.

Sin que en este momento entremos en problemas de índole filosófica, que serán materia de un inciso posterior, prefiero adoptar una postura sincrética y conciliadora: El ser humano puede elegir y las circunstancias sólo lo influyen. Circunstancias que están determinadas por un mundo de circunstancias.

La sociología habla con TROUDE: "La responsabilidad moral se encuentra vinculada a la intención, al mérito y a la libertad individual". (1987) Las condiciones de la libertad son:

- I. "Deber o existencia de la ley moral". La responsabilidad surge por la ejecución o inejecución de actos con valor ético.
- II. "Saber o conocimiento de la ley moral". La ignorancia con voluntad o negligencia, acarrea responsabilidad.
- III. "Querer o intención formal de obedecer o desobedecer". La realización de la conducta debe ser producto de una causa voluntaria.
- IV. "Poder o capacidad de autodeterminarse". Es la resistencia a las fuerzas interiores o exteriores, susceptibles de constreñir o de influir en la voluntad.

En el área jurídico-penal estos postulados filosóficos de la responsabilidad quedarían como sigue:

1. Existencia de la ley penal o deber. La ejecución o inejecución de sus postulados acarrea responsabilidad para el autor.
2. Conocimiento de la ley penal o saber. Se dice que la ignorancia de la ley penal a nadie beneficia.

(1987) TROUDE. *El Culpable ¿Es un Enfermo o un Pecador?* Capítulo Segundo. "Aspectos Sociológicos de la Culpabilidad". pp. 30 y ss. Ediciones Desclée y Brower. Buenos Aires, A. 1987.

3. **Querer o intención (voluntad).** Es la llamada intencionalidad penal, equiparada al dolo. También es sancionada la culpa.

4. **Capacidad de autodeterminarse o poder.** Su lugar lo pasa a ocupar la imputabilidad penal. (988).

En el aspecto criminológico el sentimiento de culpabilidad toma un doble giro, al decir de **SAVEY-CASARD**, (989) primero en el criminal que acepta que la pena borrará su falta y segundo en la sociedad, que reclama justicia y quiere afianzar su seguridad; ambos sentimientos están basados en la libertad y en la responsabilidad.

Este fundamento de la culpabilidad es de índole filosófica. Durante algún tiempo llegó a pensarse que el sentimiento de libertad debería abarcar a las reglas del llamado "Derecho Penal". **TOLSTOI** y **VICTOR HUGO**, correctamente propugnaron esto. (990) Ahora la culpabilidad no puede quedar alejada de la libertad. (991)

También se pensó que el delito era un pecado, que la divinidad lo castigaba mediante la autoridad judicial, representante terrenal del poder divino. Algunos autores hablaron de la teoría de las dos espadas: La del poder espiritual y la del poder temporal, depositadas en el monarca y en los jueces. (992)

Tratar de estructurar un concepto de culpabilidad significa, en cierta manera, querer dar forma a un arquetipo de fabricación a priori, para encuadrar un aspecto de la conducta humana que podría ser considerado como el bien o como el mal; por ello, es mejor atender a las normas del deber que fundamentan el reproche. (993)

La culpabilidad se encuentra íntimamente ligada al castigo (sanción), porque con ella se cierra la cadena del delito y es el paso anterior a la prueba de la responsabilidad. **HARTER** enuncia en una corta fórmula toda su esencia, cuando expone: "El problema de la culpabilidad es el problema del destino del derecho de castigar". (994)

Ahora bien, hablemos del castigo. **SKINNER** nos dice: "El castigo es algo común en la naturaleza misma y de esta realidad es mucho lo que aprendemos. Un niño corre torpemente, se cae y se hace daño; coge una abeja y ésta le pica; le quita un hueso a un perro y el perro le muerde; como resultado de todas estas experiencias aprende que no debe repetirlos". (995)

El mismo **SKINNER** dice que las personas han tratado de construir un mundo mucho más cómodo y menos peligroso, procurando evitar las diversas formas del castigo natural. (996) Aunque de todas maneras, el castigo a las faltas sociales subsiste, tomando diversas modalidades en la mente del ser humano.

Es muy cierto que los conceptos de la falta, la culpa y el castigo han existido y existirán en esta y en todas las épocas. El área jurídico-penal los toma para sí, al sancionar las conductas que la ley punitiva prevé para conservar el statu quo de la sociedad y garantizar las expresiones fundamentales del derecho del hombre.

(988) **MEDINA HERNANDEZ**. Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia). pp. 19/20. Tesis de Licenciatura. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.

(989) **SAVEY-CASARD**. El Culpable. ¿Es un Enfermo o un Pecador? Capítulo Tercero. "El Derecho Penal y el Sentimiento de Culpabilidad". pp. 49 y ss. Ediciones Descle & Brower. Buenos Aires, 1952.

(990) Cita de **SAVEY-CASARD**. Op. cit.

(991) Por ello, como podrá verse con posterioridad, propongo como elementos en la nueva estructura de la culpabilidad en el sincretismo penal, los siguientes: Ejercicio de la libertad de actuar (presupuesto), exigibilidad y reprochabilidad. **INFRA**.

(992) Cfr. **MEDINA HERNANDEZ**. Op. cit., p. 20.

(993) **ITEM**.

(994) Cita de **NUREZ**. Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad de **GOLDSCHMIDT**.

(995) **SKINNER**. Beyond Freedom & Dignity. pp. 4/5. Editorial Fontanella. Barcelona, 1980.

(996) **ITEM**.

No porque el campo punitivo haya adoptado estos tres conceptos y se preocupe en forma constante por renovar las bases que los sustentan, debe pensarse que le son exclusivos, aparecen en las formas más rudimentarias de asociación humana, inclusive en el los grupos que forman los niños, en donde hay reglas y castigos.

Aunque se piense que en un futuro el orden jurídico pueda fenecer, la disciplina punitiva seguirá vigente porque siempre habrá conductas ilícitas que sancionar. Puede ser que ya no se le denomine "Derecho Penal", aunque siempre habrá un orden que regule las faltas, la culpa y los castigos.

La normatividad pertenece a la esencia del hombre, regula todo su comportamiento en la esfera social y contiene las bases de las conductas que debe adoptar, lo riga desde su nacimiento hasta su muerte. Puede citar una máxima que postula: *Ubi homo, ubi jus* (donde está el hombre, allí hay derecho).

Actualmente existen muchos adelantos con respecto a la responsabilidad, puesto que para que un delito pueda atribuirse a su autor e imponerle una pena, necesita haber una relación subjetiva y objetiva entre lo que quiere, lo que realiza y los resultados que serán producidos como consecuencia lógica de su actuación.

Además, también es menester que concurren todos estos requisitos: Querer, saber, poder y poder, más una adecuación al modelo legal, que son identificados con los elementos del delito: El subjetivo-material (conducta), el regulador (tipicidad), el valorativo (anti-juridicidad) y el normativo (culpabilidad).

También que la responsabilidad se finca en el hecho de que la conducta sea del sujeto, que provenga de él mismo, lo que los italianos llaman *causalidad* (atribuibilidad), lo cual es necesario para poder cargarle en su cuenta penal los resultados que destruyen, lesionan, ponen en peligro o centrovienten un valor jurídico.

En un principio, el castigo es impuesto a la persona que ha infringido una norma penal subjetiva, que ordena determinada conducta o la prohíbe. La pena no siempre ha estado ligada al principio de culpabilidad tal y como lo concebimos en nuestros tiempos, como veremos más adelante.

Precisa subrayar que el sentido que se ha dado de la culpabilidad, jamás ha estado dentro de una misma estructura; se ha erigido al respecto tres teorías principistas, con una multiplicidad de ad-ptos: cada una, a saber: El psicologismo, el normativismo causalista y el normativismo finalista.

Es una ardua tarea encontrar un marco adecuado para destinarlo a la conducta humana positiva y, por lo tanto, dejar fuera de él lo que podría ser considerado como un comportamiento negativo, habida cuenta de que la moral humana es tan flexible y acomodaticia que el concepto de lo ilícito cambia, conforme evoluciona la especie.

Lo mismo sucede con las penas, en el entendido de que las que en un lugar y tiempo determinados puede parecerse inhumanas, en otra época son cuestión que provoca risa. Máxime que se ha demostrado que con ella el hombre no se vuelve observante de las normas jurídicas y que en ocasiones, ni siquiera lo intimidan.

SKINNER habla del control de las conductas humanas, mediante una limitación impuesta por contingencias de refuerzo. Dice que "evidentemente, a las personas se las puede controlar mediante grilletes y cadenas, esposas, camisas de fuerza y muros carcelarios, o campos de concentración", (1997) aunque sabemos que esto no es lo más humano y adecuado.

Claramente que la pena ha adquirido un sentido que podría decirse más humanista, al proponerse que no se encierre simplemente al sujeto, sino que se le brinde un tratamiento acorde con sus necesidades, para lograr que sea rehabilitado y pueda reintegrarse a la sociedad.

Surge la interrogante de si el multicitado epílogo "no hay pena sin culpabilidad" ha estado vigente en todas las épocas, y de si la "responsabilidad por el resultado" y la "peligrosidad" constituyen verdaderas excepciones a tal afirmación. Lo cierto es que nuestro sistema adopta a los tres.

Habla la historia: En un principio en Japón, Persia, Israel y en la primigenia Roma, el acto punitivo para el infractor de la ley penal estaba condicionado al aspecto objetivo del delito, teniendo como base prejuicios de índole religiosa y se hacía responsable al autor simplemente por el resultado que se produjera. (998)

En el antiguo Oriente, a la responsabilidad se la calificaba desde tres aspectos: Dolo, culpa y caso fortuito (pueblos semitas, babilónicos y hebreos). En el Código de Manú se hace la valoración a través del resultado. Las penalidades se diferencian en "a sabiendas" y "por descuido", según **OLDENBERG**. (999).

ARISTOTELES observó que en su tiempo predominaba el criterio objetivo de la calificación de la conducta, o sea que se atendía al resultado causado (aspecto objetivo) y no a la intención (aspecto subjetivo); la responsabilidad también se encontraba muy ligada al aspecto causal. (1000)

En los primeros tiempos del derecho penal romano se reconoce que, para que exista delito, debe concurrir en una persona capaz de obrar (imputable), la voluntad de realizar la conducta. Cuando surge en Roma la responsabilidad subjetiva (intención), se cuestiona inclusive la posibilidad de castigar el homicidio culposo. (1001)

Más tarde se toma en cuenta la intención, dándole al derecho penal un espíritu real. Con el tiempo el derecho romano-germánico establece una clara distinción entre el hecho voluntario (dolo) y el involuntario (culpa) y, en cierta forma, se trata de explicar una teoría del dolo, de la culpa y del caso fortuito. (1002)

En la era germánica y franca del Derecho Penal, impera el principio de la "responsabilidad por el resultado". Lo mismo ocurre en la Edad Media (1453), en donde se llega al inconcebible castigo a las bestias, ya que por cuestiones religiosas, se las consideraba capaces de intención. (1003)

Hacia las proximidades del siglo XIX parece ser que en Europa el delito más grave era la hechicería y castigábase de manera feroz y brutal a las pobres mujeres que, tal vez sin consciencia, se dedicaban a ella. La muerte en la hoguera era quizás el mejor castigo que se podían esperar. (1004)

Ya en una época reciente (siglo XIX), es cuando se introduce a la "responsabilidad por la culpabilidad" (aspecto subjetivo del delito). En Alemania, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, es cuando se le da un enfoque diferente al problema, se advierte que el acto tiene un aspecto subjetivo y otro objetivo.

GROHMANN (1005) es quien da esos dos aspectos diferentes al acto: Objetivo (manifestado en el mundo fáctico) y subjetivo (voluntad, que se configura con el dolo o la culpa y la imputabilidad). Este autor incurre en un pequeño error, al no relacionar al acto (conducta) con la voluntad.

(998) MEDINA HERNANDEZ. *Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo*. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia). p. 25. Tesis de Licenciatura. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1984.

(999) **IDEM**.

(1000) **IBIDEM**.

(1001) MEDINA HERNANDEZ. Op. cit. p. 26.

(1002) **IDEM**.

(1003) **IBIDEM**. Cfr. JIMENEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*. p. 214. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1980.

(1004) **IDEM**.

(1005) Cfr. JIMENEZ DE ASUA. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo IV. p. 387. Editorial Losada, S. A. Buenos Aires. 1952.

PELLEGRINI, (1006) en cambio, sí los vincula, pero los sitúa en la doctrina de la ley penal. El método de GROLLMANN es el que cobra vida y el problema de ligarlos, se resuelve diciendo que es la imputación la que sujeta al acto con la voluntad. Por tal motivo, la imputación siempre estará condicionada a lo voluntario. (1007)

La Escuela Positiva Italiana hace responsables inclusive a los inceptos (de querer y entender), sin dar una exacta concepción de lo que era la culpabilidad y emplea diferentes términos para aludirle: "Elemento subjetivo", "culpabilidad", "culpa" y además, introduce el incierto criterio de la "peligrosidad".

La peligrosidad también descansa en el principio del aspecto objetivo del delito y se aparta de la "responsabilidad por la culpabilidad". Existen seridas situaciones a este respecto: 1. La del sujeto que sin haber delinquido, se encuentra próximo a hacerlo (social), y la de quién, ya ha cometido un delito y puede volver a hacerlo (penal).

PIZZI dice que los delitos son síntomas de una personalidad anormal peligrosa. CAROPALO afirma que la variabilidad es la constante y activa perversidad que se manifiesta en el delito. CORREA GARCIA estima que la peligrosidad es la capacidad de daño y la temibilidad la expectativa que se forma un sujeto frente al individuo peligroso, con base precisamente en el supuesto de la posibilidad del daño. (1008)

En el positivismo se menciona que todo autor de una conducta antisocial delictiva (imputable o inimputable), es responsable de la misma por el sólo hecho de vivir en la sociedad. La responsabilidad moral de que nos hablaban los clásicos cae en desuso y entra en boga la responsabilidad social.

La autonomía nominal de la culpabilidad se obtiene gracias a la ardua tarea de los juristas alemanes del presente siglo, ya que en tiempos anteriores se hallaba vinculada a la imputabilidad; ha ido evolucionando desde el nexo psicológico hasta la simple reprochabilidad y dentro de ésta toma varios aspectos.

(A) LA TEORÍA TRADICIONAL.

El hecho de estructurar una teoría tradicionalista de la culpabilidad, como he procurado hacerlo con los restantes elementos del delito, es una tarea que se antoja un tanto colosa, puesto que en la mayoría de los autores no vamos a encontrar una tendencia pura, sino puro eclecticismo.

Se ha visto que en la mayor parte de las exposiciones de los tratadistas que ocupó como referencia se sigue considerando que el dolo y la culpa (y en algunos casos la preterintencionalidad) siguen formando parte del cuarto elemento del delito, tal como se consideró en el normativismo causalista.

No obstante esto, en el resto de sus obras se habla de una conducta finalista (sin la estructura original) y se alude a muchos aspectos que son propios de la corriente welseliana, sin llegar a adoptar de lleno el sistema que, por ignorancia, sigue considerándose nuevo, a pesar de sus casi sesenta años de vigencia.

Los pocos autores que más o menos conciben las ideas de WELZEL se dedican a repetir las, creando que con ello están descubriendo el hilo negro de la maraña penal y hasta pretenden llamar suyo el sistema, a pesar que no poseen una noción exacta de las repercusiones que ha tenido en la teoría.

(1006) MEDINA HERNANDEZ. Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación, Jurisprudencia). p. 28. Tesis de Licenciatura. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1934.

(1007) ILEM.

(1008) CORREA GARCIA. Peligrosidad. Ponencia. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primer Congreso de Derecho Penal. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

Aquí, quiero citar unas líneas de FROMM: "En realidad, toda teoría que no cambia en el plazo de sesenta años ya no es, por ese mismo hecho, igual a la teoría originaria del maestro, es una repetición fosilizada, y al ser una repetición es realmente una deformación"; (1009) eso es lo que está ocurriendo con el finalismo.

Retomando mis ideas originales, debo aclarar que al no encontrar una posición que realmente pudiera ser considerada como tradicionalista para la culpabilidad, habré de aludir a la intencionalidad, preterintencionalidad, no intencionalidad y al límite la culpabilidad en este apartado.

Esto lo hago, porque no tiene caso que en el inciso dedicado a la teoría tradicional exponga una mezcla de psicologismo, el normativismo causalista y el normativismo finalista, dado que para cada una de estas tendencias tengo dedicado un apartado especial en donde las trataré en términos generales.

Una vez expuesta la justificación del problema, procederá a darle paso a las explicaciones pertinentes de los cuatro temas esenciales de este inciso, no sin antes aclarar que en otro lugar haré alusión a los aspectos negativos, finalizando con las consideraciones críticas, como lo hice en los otros elementos.

(171) LA INTENCIÓN.

De acuerdo a nuestro sistema jurídico-penal, a cualquiera le resulta fácil comprender que cuando hablamos de la intención, estamos haciendo referencia al dolo, ya que la legislación vigente no logró deshacerse de esa terminología con las reformas de 1984, por cuestiones de "economía legislativa". (1010)

Yo he dicho, como crítica negativa, que este término no está bien empleado, puesto que el dolo, la culpa y la preterintencionalidad, implican que se actuó con intención, sólo que en diferentes grados. Además, la intención (con "C") alude a la voluntad y no a la dirección que se le da a la misma.

Para evitar las confusiones que pudieran surgir por hacer uso del vocablo "intención", para denominar al dolo he optado por llamarlo "intención directa", claro que si mi terminología no agrada, no voy a imponerla y entonces, es preferible que se haga uso del término que ordinariamente es empleado y quedará como "dolo". (1011)

En los inicios de la teoría de la culpabilidad, el dolo fue entendido como la primera y superior forma de este elemento del delito y como contrapunto, estaba la culpa. El dolo es identificado con la intencionalidad y la culpa, con la no intencionalidad o imprudencia, según nuestro texto legal.

Alguna vez JIMENEZ DE ASUA mencionó que el hecho de analizar la evolución del dolo, significa investigar de nuevo toda la vida de la culpabilidad, lo cual resulta ser muy certero, toda vez que desde la primera teoría que de ella se dió (psicologismo) se hablaba del dolo como la más grave de sus formas. (1012)

Si atendemos al significado etimológico del vocablo, el dolo significa: Engaño, artificio, fraude, maquinación, ardido, etc. La era germánica del Derecho Penal, en la Edad Media, le dió el concepto de expresión del acto voluntario, llamándole *willewerk*, como contraposición al "casus" (*varwerk*).

(1009) FROMM. *El Corazón del Hombre*. pp. 8/9. Colección Popular. Fondo de Cultura Económica. México, 1986.

(1010) La excusa es, que si se cambiaba la terminología que empleó el legislador de 1931 en la redacción de los artículos 8o. y 9o. de la reforma de 1984, habríamos tenido que cambiar muchos más preceptos y la iniciativa no hubiese sido aceptada.

(1011) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (C). Número (91). *La Intención*.

(1012) JIMENEZ DE ASUA. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. p. 305. Editorial Losada, S. A. Buenos Aires, 1964.

(1013) JIMENEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*. p. 379. Editorial Temis. Buenos Aires, 1954.

Este sentido etimológico del dolo fue aplicado preferentemente en el campo civil, para lo jurídico-penal equivalía a la intención o al propósito, dirigido hacia la conducta y a la producción de los resultados constitutivos de delito. Así se habló de un dolo bueno y de un dolo malo.

En nuestra área, el dolo adquirió diferentes formas: Directo, indirecto o eventual, específico y genérico; todas han tenido el mismo tratamiento y solamente se hacen las distinciones con el fin de especificar. La culpa era la forma contraria al dolo y la preterintencionalidad, una suma o mezcla de ambas.

La primera teoría acerca de la culpabilidad no daba una definición precisa del elemento y cuando se quería aludir a él, se echaba mano de las formas culpables. En sentido amplio se entendió a la culpabilidad como: "El conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (1013)

Esto es un concepto con tintes normativos, utilizando la primera expresión del normativismo, que se valía de los postulados causalistas, combinando la reprochabilidad con las formas de culpabilidad que fueron aceptadas por el psicologismo. WEIZEL define así "culpabilidad es reprochabilidad", calidad específica de desvalor que convierte el acto de voluntad en un acto culpable. (1014)

Un concepto puro de la culpabilidad psicológica lo tenemos en la siguiente expresión: "es el nexo psíquico entre el agente y el acto exterior". (1015) FORTAN PALERINA la concibió como: "la relación psicológica del autor con su hecho: su posición psicológica frente a él". (1016)

Hago referencia a estas definiciones psicologistas en su mayoría, porque la primera teoría de la culpabilidad le dio al dolo la característica de ser la primera y superior de sus formas. El nexo psíquico que unía al autor con su conducta voluntaria era, en primera instancia, de carácter doloso.

En el psicologismo, el delito es concebido siempre como el producto de una acción u omisión humanas; desde luego debe encontrarse en estrecha relación con la intención, puesto que una vez que ha sido superada casi por completo, la hora imperante, fórmula de la responsabilidad por el resultado, no puede haber culpabilidad sin este elemento subjetivo.

Un concepto preliminar del dolo puede ser el siguiente: Es la intención con la cual el agente orienta su conducta para realizar una conducta típica, representándose en su mente las consecuencias que ésta traerá, queriendo el resultado que ha de producirse con su acción u omisión voluntarias.

Se ha tratado de dar una definición del dolo a través de la sola voluntad, como una consecuencia directa que el autor prevé y realiza con desamor; intento que resulta ser desatinado porque en las tres formas culpables tiene que concurrir la voluntad, que es la intención y no puede identificarse con el dolo. (1017)

Gramaticalmente, el dolo significa, en los delitos, plena deliberación o advertencia. Como ya dije, hasta la Edad Media en Alemania se le emplea cuando se quiere hacer referencia a la conducta humana voluntaria. Ya más elaborado pareció en Roma, siendo identificado con la "mala intención" o *dolus malus*.

En la actualidad no puede considerarse que exista razón alguna para que en el ramo penal se haga una distinción entre *dolus bonus* y *dolus malus*, habida cuenta de que al dolo se lo considerará como la intención al cometer el delito y si es así, forzosamente debe ser un dolo malo y es inútil que hagan referencia a la "malicia", como en España. (1018)

(1014) WEIZEL. *Derecho Penal. Parte General*. p. 379. Depalma Editor. Buenos Aires, 1956.

(1015) ANTOISEL. *Manuale di Diritto Penale*. p. 393. Milano, 1955.

(1016) FORTAN PALERINA. *El Elemento Subjetivo del Delito*. p. 10. Depalma Editor. Buenos Aires, 1957.

(1017) MEDINA HERRANDEZ. *Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia)*. p. 81. Tesis de Licenciatura. Universidad Nacional Autónoma de México. 1984.

(1018) MEDINA HERRANDEZ. *Op. cit.*

Para la Academia, el dolo es: En los delitos voluntad intencional, propósito de cometerlos. Por tal motivo, una buena parte de los juristas vincula al dolo con la consciencia, bien sea de la tipicidad o de la anti-juricidad, o bien de que se está violando el deber que se encuentra contenido en la norma.

La intención en la responsabilidad penal juega un papel que es muy importante, habida cuenta de que con ella se trata de llegar a la superación de la gastada fórmula de los delitos calificados desde el punto de vista de su aspecto objetivo; es decir, cuando se hacía responder simplemente por el resultado producido.

"El dolo, --nos dice PAVON VASCONCELOS-- la principal forma de culpabilidad, constituye tal vez el escollo más difícil de salvar en el estudio de la teoría del delito". (1019) Para lograrlo han sido edificadas diversas teorías acerca de su concepto y de sus elementos, las que analizaré en breve.

VON LISZT definió el dolo como: "Representación del resultado que acompaña a la manifestación de voluntad". (1020) ALIMENA nos dice que el dolo es: "Tanto la voluntad dirigida a la ejecución de un hecho como la representación de un hecho ante el que no retrocede la voluntad". (1021)

MAGGIORE afirma que el dolo es: "La libre y consciente determinación de la voluntad encaminada a causar un resultado contrario a la ley penal. Dolo es la intención de causar un resultado antijurídico". (1022) En el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949, se dice: "Existe delito intencional, cuando se quiere o acepta el resultado".

El artículo 36º del Código Penal colombiano señala que "la conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible".

En fin, la parte primera del precepto 9º del CPF, introdujo con las reformas de 13 de enero de 1984, la siguiente fórmula: "Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley".

El dolo, atendiendo a los conceptos que de él se da, está integrado por dos tipos de elementos: El intelectual o cognoscitivo (ético) y el emocional o volitivo (psicológico). El primero está referido a la representación del hecho y a su significación jurídica y el segundo, a la voluntad de ejecutar la conducta y a la consciencia de producir el resultado. (1023)

Ovviamente, si el dolo está integrado con estos dos elementos, para su existencia es necesario que concurren ambos y la ausencia de uno de ellos, daría lugar a los aspectos negativos de la culpabilidad, si hablamos en los términos del psicologismo o del nomativismo causalista; en el finalismo, podría haber lugar para una atipicidad.

REYES nos explica: "Cuando el hombre realiza voluntariamente un hecho es porque lo representó previamente --así sea mediante una representación mental de fugaz duración-- lo halló adecuado a sus posibilidades y quiso entonces llevarlo a cabo; participan, pues, en el comportamiento humano las esferas intelectual y volitiva de la personalidad con procedencia lógica de la primeras de ellas, puesto que solamente somos capaces de querer lo conocido". (1024)

(1019) PAVON VASCONCELOS. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Parte General. p. 349. Editorial Porrúa, S. A. México. 1979.

(1020) VON LISZT. Citado por MEDINA HERNANDEZ. *Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo* (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia). p. 82. Tesis de Licenciatura. UNAM. 1984.

(1021) IJEM.

(1022) MAGGIORE. *Derecho Penal*. Tomo I. p. 576.

(1023) Cfr. MARQUEZ PINERO. *Derecho Penal*. Parte General. pp. 260/1. Editorial Trillas. México. 1986.

(1024) REYES. *Derecho Penal*. Parte General. p. 264. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, 1984. "Cuando el hombre realiza una determinada actividad, hubo de representársela previamente mediante operación mental que anticipó su conocimiento y la quiso, además; participan, pues, en cualquier comportamiento humano las esferas intelectual y volitiva de su personalidad, y como el delito es conducta humana, obedece a los mismos principios psicológicos que gobiernan la acción naturalísticamente entendida". p. 265.

En el dolo, la voluntad está dirigida a la conducta, a su realización y a la producción de los resultados; el intelecto se avoca a la calidad de esa conducta y de sus consecuencias, que no implica forzosamente que sepa que está tipificada, es antijurídica y cuál es la pena que le corresponde.

REYES piensa que "tener conocimiento del hecho significa: que el agente conozca la naturaleza de su comportamiento de acuerdo con la descripción que de él hace el legislador en el respectivo tipo penal, y que tenga conciencia de su antijuridicidad". (1025)

CUELLO CALÓN dice que la representación o conocimiento comprende a lo siguiente: 1. El conocimiento de los elementos objetivos integrantes del hecho delictivo. 2. El conocimiento de la significación antijurídica del hecho. 3. El conocimiento del resultado de la conducta. Desprendiendo del conocimiento de la antijuridicidad dos aspectos: De que viola el deber y de que el hecho se encuentra descrito en la ley. (1026)

En mi concepto, el conocimiento de la naturaleza de la conducta está referido a los elementos objetivos del comportamiento, con aquél que puede serle exigido a un hombre común y corriente y no a un técnico jurídico y ello debe ser ubicado entre los componentes del elemento subjetivo-material, como puntualizó en el Primer Capítulo de esta Sección. (1027) En ese lugar coloco al dolo, como intención directa. En mi teoría, la ausencia de este momento ocasiona la inexistencia de la conducta.

Aunado a la representación o conciencia del resultado, se encuentra el elemento emocional o psicológico, como parte integrante del dolo. No basta con que el sujeto conozca todos los aspectos objetivos de su comportamiento, también es preciso que quiera realizarlo y quiera ceder sus consecuencias.

Se tuvo por cierto que el sujeto debía querer la conducta y entenderla junto con sus consecuencias; es decir, que estaba compuesto por voluntad y teoría. La Escribana, autorizada de PERU además analizó a la voluntad, a la intención y al fin. (1028)

REYES expone: "Pero ¿cuándo puede decirse que alguien quiere un resultado? Cuando lo acepta anticipadamente, sea que el evento aparezca como cierto, ya que se presente como probable, siempre que tal probabilidad no lo detenga en la realización de su propósito". (1029)

CASTELLANOS TERRA indica que el elemento intelectual se dirige al quebrantamiento del deber y el emocional a la voluntad de ejecutar el acto. (1030) En mi pensamiento, como el elemento cognoscitivo, lo emocional o psicológico debe quedar ubicado entre los elementos de la conducta, por ello la llamo elemento subjetivo-material. (1031)

(1025) REYES. Derecho Penal. Parte General. p. 265. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 1984.

(1026) CUELLO CALÓN. Derecho Penal. Parte General. pp. 429/32. Editorial Bosch. Barcelona. 1975. Cfr. RAMÍREZ PÉREZ. Derecho Penal. Parte General. p. 260. Editorial Trillas. México. 1986.

(1027) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (C). Número (90). La Voluntad Consciente.

(1028) Este autor ponía un ejemplo: Podemos disparar una pistola queriendo matar, o bien se nos dispara casualmente. El acto en sí es el mismo, aunque es muy diferente por cuanto hace al problema del dolo. Si se nos dispara por azar, no hay dolo; para que haya dolo de homicidio, no basta querer, sino tenemos que disparar con la intención de matar. Si el disparo se hace para herir o para generar ruido, no hay dolo de homicidio y todavía no basta con esto, hay que llegar al efecto: Que disparemos para dar muerte por venganza o para defendernos. De esta manera se requiere: Primero, la voluntad de disparar el arma; segundo, la intención de dar muerte a alguno y tercero, el móvil de matar por venganza o por defenderse. Cfr. JIMÉNEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. pp. 361/3. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1978.

(1029) REYES. Op. cit. p. 266.

(1030) CASTELLANOS TERRA. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. p. 239. Editorial Porrúa, S. A. México. 1984.

(1031) INFRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (C). Número (90). La Voluntad Consciente.

En atención a los elementos que entran en juego para darle estructura al dolo, podemos obtener las teorías que han sido formuladas para explicar su naturaleza, a saber: 1. La teoría de la voluntad. 2. La teoría de la representación. 3. La teoría unitaria. 4. La teoría finalista. Voy a proceder a explicarlas someramente.

La teoría de la voluntad es la clásica para exponer lo referente al dolo; la defienden en Italia CARRARA, FILANGIERI, RENAZZI, CARMIGNANI, ROCCO, MANZINI, DE MARSICO, RANIERI, SABATINI, BETTIOL y DELL'ITALIA. (1032) En Alemania son partidarios: MEHL, FEUREBACH, BIERLING, BIRKMEYER, HIPPEL, MEZGER y WEGNER, entre otros. (1033)

CARRARA dice que el dolo es: "La intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe contrario a la ley", (1034) haciendo preponderar a la voluntad y sin desconocer al elemento intelectual. CARMIGNANI afirmó que el dolo consiste en la voluntad de violar la ley penal. (1035)

En esta teoría impar a principio de que no basta con que el agente se haya representado el resultado de su conducta, sino que es necesario que su comportamiento sea voluntario, sin que importe mucho, en realidad, la volición dirigida a violar la ley penal. En realidad no hay bases para desechar a la representación. (1036)

En contraposición con la postura anterior, en la teoría de la representación se dice que para que haya dolo, basta con que el agente se presente en forma mental los resultados que traerá la conducta. La tesis es defendida por VON LISZT y FRANK, el primero elaboró la primigenia construcción moderna de la doctrina. (1037)

LISZT, como vocero autorizado, nos explica que el dolo es el conocimiento de todas las circunstancias básicas fácticas que acompañan al hecho que está previsto en la ley penal. La representación del resultado se une a la manifestación de voluntad. (1038)

En consecuencia, el dolo tiene como elementos a los siguientes: La representación del acto voluntario y de sus circunstancias, la previsión de sus resultados, la representación de la causalidad del acto (en los delitos comisivos) y la representación del no impedir el acto (en los delitos de omisión). (1039)

(1032) Cfr. JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. p. 393. Editorial Losada, S. A. Buenos Aires. 1964.

(1033) *IDEM*.

(1034) CARRARA. Programa de Derecho Criminal. Volumen I. p. 73. Editorial Temis. Bogotá. 1965.

(1035) CARMIGNANI. Juris Criminalis Elementa. Tomo I. p. 15. Pisa. 1883.

(1036) REYES las unifica por lo menos en las explicaciones atinentes a la teoría de la voluntad, al decir: "De acuerdo con esta teoría, para que exista el dolo no es suficiente que el agente haya previsto como cierta o probable la representación del resultado; es necesario que el evento mismo sea voluntario", y tiene razón. Derecho Penal. Parte General. p. 263. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 1984.

(1037) VON LISZT. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. pp. 410 y ss. Editorial Reus. Madrid. 1926. FRANK. Vorstellung und Wille. Zeitschrift Fur Gestante Strafrechtswissenschaft. Volumen X. pp. 168 y ss.

(1038) VON LISZT. Op. cit.

(1039) Esta es la opinión de MARQUEZ PINERO. Derecho Penal. Parte General. p. 256. Editorial Trillas. México. 1986. Completa la idea al escribir: "En esta conciencia reside la distinción del dolo, del deseo y de la esperanza; en estos últimos, es necesaria la intervención de circunstancias exteriores, que el autor no puede disminuir ni esperar con seguridad".

FRANK define al dolo echando mano de la previsión o consciencia del resultado de la acción, con el consentimiento de las circunstancias que la hacen punible. (1040) El dolo es la conducta voluntaria la cual traerá una consecuencia que fue prevista por su autor, quien se la representación mentalmente. (1041)

La teoría unitaria es aquella que concilia las expresiones de la voluntad y de la representación, es una conjunción de ambas. Es que el dolo no puede ser constituido con uno de estos elementos en forma aislada porque necesariamente se hará referencia al otro; no basta con la representación así como tampoco con la voluntad. (1042)

Es bien cierto que quien tiene una representación no forzosamente quiere realizar lo que se ha representado, mas también lo es que no puede quedarse plenamente lo que no ha sido representado aunque tan sólo sea en un esfuerzo mental fugaz; la representación no implica la voluntad, en cambio la voluntad sí que implica la representación. (1043)

Defienden la tesis autores muy sobresalientes, tales como: **KELSEN**, **MAGGIORE**, **RANIERI**, **PANVAIN**, **PINGER**, **PULIG PERA**, **ANTON ONECA**, **NOVOA MONREAL**, **POITE PITUIT**, **REYES**, **RAMOS**, **JIMENEZ DE ASUA** y en parte, **MEZGER**. (1044) Para ellos el dolo está formado por dos elementos: El intelectual, cognoscitivo o ético y el emocional, volitivo o psicológico.

En mi pensamiento esta es la única posición que tiene cabida, si es que aceptara al dolo tal y como lo han comprendido tradicionalmente; empero, con la nueva estructura que intento, estos dos momentos (intelectual y emocional), pasan a formar parte del elemento subjetivo material o conducta y es otra su noción. (1045)

(1040) **FRANK**. Op. cit. **JIMENEZ DE ASUA** dice que **FRANK** se avocó a la teoría de la representación porque estimó que la de la voluntad no era clara, ya que limitaba en cuanto a acción del dolo, advirtiendo el autor que no es lo mismo actuar en forma voluntaria que con dolo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. p. 400. Editorial Losada, S. A. Buenos Aires. 1964.

(1041) **REYES** explica: "El dolo, entonces, no sería más que la voluntariedad de una conducta de la cual se deriva un resultado previsto por el agente; lo que significa que esta teoría encuentra el dolo en la simple representación mental del evento, o lo que es lo mismo en su previsión". *Derecho Penal*. Parte General. p. 263. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 1984.

(1042) **MARQUEZ PINERO** tiene esta idea: "Con sobrada razón se ha dicho que la lucha entre ambas teorías no tiene la trascendencia necesaria para justificar el esfuerzo realizado; incluso se ha opinado que las diferencias son mínimas y que, más que cuestiones de esencia, se trata de contiendas terminológicas. Verdaderamente, voluntad y representación son elementos precisos para la noción del dolo". *Derecho Penal*. Parte General. p. 258. Editorial Trillas. México. 1986.

(1043) **KELSEN** opina que es evidente que, en términos generales, no se representa lo que no es querido. *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre*. p. 115. Tubinga. 1923.

(1044) Puede consultarse la siguiente bibliografía: **KELSEN**. Op. cit., pp. 115 y ss. Tubinga. **MAGGIORE**. *Derecho Penal*. Tomo I. pp. 576/7. Bogotá. 1954. **RANIERI**. *Diritto Penale*. Parte Generale. pp. 219 y ss. **PANVAIN**. *Manuale di Diritto Penale*. p. 192. Milano. 1947. **PINGER**. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. p. 257. Berlin. 1904. **MEZGER**. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. p. 102. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1955. **REYES**. *Derecho Penal*. Parte General. pp. 263 y ss. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 1984. **JIMENEZ DE ASUA**. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. pp. 410 y ss. Editorial Losada, S. A. Buenos Aires. 1964, entre otros.

(1045) **SIIRA**. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (B). Mi Teoría. Ver también el desarrollo del Inciso (C). El Aspecto Positivo del Elemento Subjetivo-Material. De acuerdo con mi pensamiento, el elemento subjetivo-material o conducta se compone con: Voluntad simple (para personas incapaces), voluntad consciente (para personas capaces), intención, resultado y relación entre la conducta y el resultado. Quedando los elementos intelectual, cognoscitivo o ético y emocional, volitivo o psicológico del dolo, en la voluntad consciente. La voluntad simple únicamente está integrada con el querer, toda vez de que los incapaces carecen de entendimiento.

Por último, tenemos a la tesis finalista, de la cual puede verse su primera expresión en la teoría positivista de los móviles sostenida por FERRI. (1046) En ella se pretendió construir al dolo con una manifiesta independencia de la representación y de la conciencia, tomando en cuenta los motivos por los cuales obra el autor.

Para FERRI la voluntad por sí sola, no es suficiente para integrar al dolo, precisa de la intención y del fin, de los motivos y de los móviles, que originan la importancia decisiva de la acción del autor. Si la voluntad es la fuerza propulsora del acto, éste se caracteriza jurídicamente por la intención y se especifica por el fin. (1047)

En el finalismo, el dolo ha quedado inmerso en el injusto como un elemento subjetivo de la acción. Para los seguidores de esta teoría es aceptado como un hecho psicológico que se caracteriza por la intención del autor de lograr los resultados que trae consigo la realización de la conducta. (1048)

MAURACH es de opinión de que actúa con dolo "quien incluye en su voluntad la representación total del hecho, tal como se presenta en la parte objetiva del tipo" (1049) El dolo consiste en tener la voluntad de realizar el hecho típico, con la previa representación mental del resultado.

Por lo que se refiere a su intensidad, el dolo puede ser de mayor o de menor grado, aun cuando se aduce que si el delito es cometido con intención, ésta debe ser plena. La forma más grave del dolo lo será la premeditación y la más leve, el dolo de Impetu. Entre ambos se dan distintas medidas. (1050)

El dolo es una de las consecuencias de la voluntad; por lo tanto el momento intelectual o volitivo de la conducta debe ser sometido a una intensa valoración, cualquiera que se lo ubique. También debe comprenderse que si al dolo se lo clasifica, es posible hacer una graduación de él porque no todos suponen igual grado de intención.

En la doctrina del dolo, como en todas las teorías generales de la ciencia jurídico-penal se han dado muchas clasificaciones acerca de esta clase de intención; generalmente, yo reconozco las siguientes: a) Dolo directo. b) Dolo eventual. c) Dolo de las consecuencias necesarias. d) Dolo genérico. e) Dolo específico. (1051)

CASTELLANOS TENA en sus lineamientos básicos acepta las siguientes clases para el dolo: A) Directo. B) Indirecto. C) Determinado. D) Eventual. (1052) JIMENEZ DE ASUA, por su parte, expone las siguientes: 1) Dolo directo, 2) Dolo con intención ulterior, 3) Dolo específico. (1053)

(1046) FERRI. *Principii di Diritto Criminale*. pp. 422 y ss. Unione Tipografica. Editrice Torinese. Turín. 1928. La teoría positivista de los móviles, obviamente fue impulsada por las tendencias de la Escuela Positiva Italiana del Derecho Penal, siendo uno de sus evangelistas ENRICO FERRI.

(1047) FERRI. Op. cit.

(1048) Cfr. REYES. *Derecho Penal*. Parte General. p. 263. Universidad del Externo de Colombia. Bogotá. 1984.

(1049) MAURACH. *Tratado de Derecho Penal*. Volumen I. p. 311. Ediciones Ariel. Barcelona. 1962.

(1050) MEDINA HERNANDEZ. *Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia)*. Tesis de Licenciatura. Universidad Nacional Autónoma de México. 1984.

(1051) MEDINA HERNANDEZ. Op. cit. p. 82-83. SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (C). Número (91). *La Intención*. (1052) CASTELLANOS TENA. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. pp. 239/41 Editorial Porrúa, S. A. México, 1984.

(1053) JIMENEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*. pp. 365/70. Editorial Temis. Buenos Aires. 1954.

FORTE PETIT (1054) toma en cuenta las diversas opiniones doctrinales y las une en el siguiente cuadro:

- A) En cuanto a su nacimiento:
 - a) Dolo inicial o precedente.
 - b) Dolo subsiguiente.
- B) En cuanto a su extensión:
 - a) Dolo determinado.
 - b) Dolo indeterminado.
- C) En cuanto a las modalidades de la dirección:
 - a) Dolo directo.
 - b) Dolo eventual.
 - c) Dolo de consecuencia necesaria.
- D) En cuanto a su intensidad:
 - a) Dolo genérico.
 - b) Dolo específico.
- E) En cuanto a su duración:
 - a) Dolo de ímpetu.
 - b) Dolo simple.
 - c) Dolo de propósito.
- F) En cuanto a su contenido:
 - a) Dolo de daño.
 - b) Dolo de peligro.
 - c) Dolo de daño con resultado de peligro.
 - d) Dolo de peligro con resultado de daño.
- G) En razón de su categoría:
 - a) Dolo principal.
 - b) Dolo accesorio.
- H) En razón de su realización:
 - a) Dolo posible.
 - b) Dolo real.

Debe distinguirse el dolo directo de los elementos subjetivos del tipo, los cuales pueden ser denominados "dolo específico", sin que exista mayor problema, si se tiene una exacta concepción de ellos. El dolo directo es enfatizado en algunos tipos delictivos, haciendo el requerimiento de un ánimo o intención especial.

El elemento subjetivo del tipo es un querer específico de concretar el delito sobre determinada persona o cosa o con un ánimo especial, solamente será tomado en consideración cuando las peticiones del tipo lo requieran. Así, por ejemplo, tenemos al parricidio que no se cumple con la sola intención de dar muerte a una persona, sino que además esa víctima debe ser pariente del activo y que ese conocimiento no lo haga cesar en su empeño.

Una situación diversa que también puede ser confundida con los elementos subjetivos del injusto lo es la antijuricidad especial tipificada, que encontramos en los casos en que el tipo torpemente hace mención de algún requisito como "ilegitimamente", "a sabiendas", u otra expresión análoga.

Un análisis detenido del delito-tipo, que nos lleve a comprobar que si suprimiento dicha expresión reiterativa, el delito no pierde su esencia delictiva, es suficiente para que sepamos cuando estamos en presencia de la antijuridicidad especial tipificada y si cambia a otra figura delictiva, hay una intensión específica. (1055)

En realidad, la única expresión del dolo que debe prevalecer es la del genérico porque, como ya manifesté en un inciso anterior, (1056) el dolo siempre será específico, porque la voluntad que lo compone también lo es; empero, se conserva por un vicio legal que no podemos apartar, para hacer la diferencia en algunas figuras. (1057)

Lo anterior se hace aún más razonable, cuando vemos que muchas de las especies del dolo no tienen aplicación práctica y que son consideradas y tratadas como dolo; la culpabilidad no sufre merma atendiendo a la clase de dolo, a lo más agravará a la punibilidad, (1058) y bien podrá tenerse como una circunstancia agravante. (1059)

Ahora bien, cabe hacemos una pregunta: ¿El dolo se presume o se debe probar? Tal vez ni siquiera quepa la duda, como todos los elementos del delito y los componentes que le son propios, el dolo debe probarse con los elementos atinentes para demostrar su existencia que hayan sido allegados al proceso penal por las partes. (1060)

Es bien cierto que por ser un elemento subjetivo resulta difícil corroborarlo; empero la autoridad que realiza la valoración tendrá que encontrar los medios para su prueba. Es verdad que es subjetivo y también lo es que se materializa y su comprobación es necesaria, los medios debe encontrarlos el valuador. (1061)

(1055) Si quitáramos, por ejemplo, el requisito "indebidamente", al que alude la fracción I del artículo 73, la conducta no pierde su carácter delictivo ni su esencia dolosa, es una antijuridicidad especial tipificada. Si no consideráramos "el ánimo de dominio" o de "lucro" en los artículos 367 y 380 del CPF, estamos en presencia de una figura delictiva distinta.

(1056) SUPRA, Sección Segunda, Inciso (C), Número (91). La Intensión.

(1057) "Si el dolo supone un conocer la naturaleza antijurídica de la conducta futura y un querer ejecutarla en cuanto descrita en un tipo penal, no se ve cómo pueda justificarse la diferencia en cuestión; si bien dice el profesor ROMERO SOTO que siendo la voluntad siempre específica, no hay para que hablar de dolo específico como de una clase particular de dolo, ya que sólo existen dolos específicos". REYES, Derecho Penal. Parte General. p. 271. Universidad del B. Estado de Bogotá, 1954.

(1058) Los ejemplos los tenemos en el parricidio y en el robo, el primero; en atención al parentesco, agrava la punibilidad del homicidio y el segundo, con respecto al ánimo de uso, la disminuye. Aunque cabo mencionar que esa intencion especial en determinados casos es necesaria, y es por eso que el texto legal la conserva y pasó a algunos de mis delitos-tipo del proyecto que presenté. INFRA, ADDEIDA. Un Proyecto de Legislación, Número (217) La Ombra.

(1059) De hecho es tal, sólo que al ser considerada como elemento de la descripción típica, origina un delito especial, con autonomía propia.

(1060) De hecho, el dolo se materializa y en su materialización podemos encontrar una base para su prueba; si sólo se externa en forma verbal, podría ser comprobado con declaraciones y si se queda en la mente, con la confesión. La elección de las probanzas corresponde a las autoridades ministerial y judicial, según el momento de la valoración y la veracidad y pertinencia de esas pruebas, le corresponde buscarlas al Ministerio Público trabajando bien la averiguación previa y la audiencia constitucional.

(1061) "Esto no significa, como pudieran pensar los defensores de la presunción del dolo, que la demostración de esta especie de culpabilidad requiera elementos del juicio propios, diversos a aquellos que permiten probar los demás aspectos del delito (artículo 336 C. de P.P.); la verdad es que, por lo regular, los mismos elementos de prueba que permiten imputar una conducta en la integridad de sus elementos típicos, a alguien, sirven para evidenciar que su autor la conoció en su típica ilicitud y la quiso como suya. Pero es que, además, las especiales circunstancias que rodearon al hecho, los medios empleados por su autor, los motivos que lo llevaron a delinquir, pueden facilitar la demostración del dolo". REYES, Op. cit. p. 274.

Por cuanto hace al delito en grado de tentativa, el dolo funciona de la misma manera que en los consumados; no hay diferencia entre una conducta dolosa consumada y la intentada. Existiendo los elementos propios del dolo, debe reputarse con ese carácter y no cabe lugar a duda alguna.

En la autoría (lo que yo denomino "grados de intervención en el delito"), tampoco existen los problemas que pretenden ver algunos autores, porque la comprobación del dolo deberá hacerse en forma individual para cada una de las personas que intervengan, sin importar el grado en que lo hagan.

Si es muy cierto, como ya dije, que el dolo (como todo lo subjetivo) es un elemento de prueba difícil, aunque si se siguen los lineamientos básicos de la teoría (cuando sea aceptada) en los ámbitos sustantivo y adjetivo, no tiene por qué haber problemas para corroborar su existencia.

Así, como dice MUNEZ: "La verdad es que el conocimiento y la intención en los cuales el dolo consiste, son hechos, aunque de naturaleza psíquica, y como tales tienen que ser probados por el juez, lo mismo que los otros hechos que fundamentan la imputación delictiva", (1952) y opina con mucho acierto.

Claro resulta considerar que si el dolo es tenido como la intención, su aspecto negativo lo será la no intención, lo curioso es que no es así. El dolo es intención y la no intención es la culpa y así lo reconoce nuestra legislación y alguno que otro autor tradicionalista.

Los aspectos negativos del dolo se obtendrán atendiendo a sus elementos constitutivos, según falte el momento intelectual, cognoscitivo o ético, o bien el emocional, volitivo o psicológico. Varían poco de la teoría psicológica al normativismo causalista (como inculpabilidades) y en el normativismo finalista son atipicidades.

En términos generales en el psicologismo hay inculpabilidad: Cuando al juzgador no le es posible llegar a establecer una relación psicológica entre la conducta y el autor. Únicamente se habló de la inculpabilidad en el dolo; en la culpa no la hay por faltar el elemento intelectual al cual referir el error.

Para el normativismo causalista y para el normativismo finalista o simplemente finalismo, hay inculpabilidad cuando no puede establecerse el juicio de reproche, las causas son diversas y las analizaré en un inciso posterior, dedicado al estudio de estas tres teorías. (1963)

(172) LA PREINTENCION.

Un problema muy interesante dentro de la teoría del delito lo constituye el análisis de un instituto que todavía no puede adquirir su carta de naturalización en la doctrina, tan es así, que muchos autores no se ocupan de su estudio y se le ha puesto el mote de "hijastra del derecho penal".

Me refiero a la preterintencionalidad, que por algunos es concebida como un "dolo con exceso en el fin", para otros es un delito culposo y otros más, la tienen como una suma del dolo y la culpa, existiendo el primero en el inicio, dirigido a la conducta y a un resultado menor y la segunda, en el final, en un resultado mayor.

PAVON VASCONCELOS dice: "Una fuerte corriente de doctrina, en la cual destacan Marcello FIRCE y OTTORINO VANNINI, entre otros, han visto en el delito preterintencional (una mezcla de dolo y culpa), fenómeno observado de tiempo atrás, iniciando la tendencia al reconocimiento que caracteriza a los bien conocidos como delitos preterintencionales, ubicados por la mayoría dentro de la familia de los delitos dolosos". (1964)

(1962) MUNEZ. Derecho Penal Argentino. Tomo II. p. 71. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1960.

(1963) INFRA. Sección Segunda. Capítulo Cuarto. Inciso (B). Números (176), (177) y (178). La Culpabilidad Psicológica, La Culpabilidad Normativa Causalista, La Culpabilidad Normativa Finalista.

(1964) PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. p. 349. Editorial Porrúa, S.A. México. 1974.

MARQUEZ PINERO expresa: "Hay casos en que la acción delictuosa origina un resultado más grave que el deseado por el agente. El hecho es intencional, pero la intención ha sido ampliamente superada por el resultado". (1065)

Hablemos de la preterintencionalidad. Esta es una tercera forma de culpabilidad que había sido y sigue siendo aceptada nada más por los psicólogos y hasta eso, no por todos ellos. Como ya se dijo, la mayoría de los autores la tienen como una de las especies del dolo: El dolo preterintencional.

"Si a la culpa le llevó mucho tiempo ocupar un lugar decoroso en la dogmática penal, ¿cuánto más ha de transcurrir para que la preterintención lo obtenga, sobre todo ahora que parece que el psicologismo ha sido ampliamente superado?". (1066) Se ha dicho que es un destello de los delitos calificados desde su aspecto objetivo.

En algunas legislaciones le ha sido negada su autonomía y al sancionarla la igualan al dolo; otras más ni siquiera las reglamentan. Antes de las reformas de 1984, el CFF la equiparaba al dolo y no la incluía en las especies de intencionalidad. Ahora es legalmente reconocida; empero, su aceptación doctrinal no es uniforme.

Nuestro texto legal emplea la siguiente fórmula al darnos su definición: "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia". (1067)

Sus denominaciones son las siguientes: "Dolo preterintencional", "preter-dolo", "culpa determinada por el dolo", "culpa informata al dolo", "culpa mixta a dolo", "ultraintencionalidad", "delito con exceso en el fin", y hasta se le ha llegado a considerar como un "delito calificado por el resultado". (1068)

Para mí es la suma del dolo y de la culpa. (1069) En ella concurren el dolo directo dirigido al resultado típico menor y la culpa con respecto a uno mayor. ¿Lugar correcto? No lo tiene en la mayor parte de las legislaciones; en cambio, sí posee esencia propia, siendo más leve que el dolo y más grave que la culpa. (1070)

Al resultado mayor que se obtuvo, no se le quiso; se lo previó o no se lo previó y fue consecuencia de la violación de un deber de cuidado, en ésto consiste la culpa. No obstante, se actuó con dolo en el inicio y con respecto al resultado menor y por ello, se dice que hay dolo en el inicio y culpa en el final.

En torno a la raíz latina *praeter* o al vocablo *ultra*, gira su esencia; significan más allá y completados con el término intención y otorgándoles sentido penal, tenemos la esencia de nuestra institución: Ir más allá de la intención. Hay que distinguirla de los delitos cuyo resultado queda fuera de la intención. (1071)

(1065) MARQUEZ PINERO. Derecho Penal. Parte General. p. 270. Editorial Trillas. México. 1986.

(1066) MEDINA HERNANDEZ. Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), p. 87. Tesis de Licenciatura. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1984.

(1067) La prevé el artículo 80., en su fracción III y la define el precepto 90., en el tercer párrafo.

(1068) MEDINA HERNANDEZ. Op. cit. p. 87.

(1069) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (C). Número (91). La intención. Cfr. MEDINA HERNANDEZ. Op. cit. p. 88 y ss.

(1070) Por lo tanto, no puede ser calificada simplemente como un delito doloso o culposo, o pena de actuar injustamente.

(1071) En los delitos cuyo resultado queda fuera de la intención (culposos), la conducta inicial es lícita o constituye un indiferente jurídico-penal, puede tratarse de una simple infracción. El agente quiere realizar esa conducta, sin la intención de lograr el resultado delictuoso, el cual sobreviene al poner en juego los factores causales, violando un deber de cuidado. En el delito preterintencional, el comportamiento primario es constitutivo de delito de por sí, el autor tiene voluntad de realizarlo y la intención de lograr un resultado menor al que es producido al poner en juego el rumbo de la causalidad, violando un deber de cuidado.

También hay que recordar que una cosa es excederse en el resultado y otra muy distinta hacerlo en el delito. (1072) Los delitos dolosos son comparables por cuanto hace a la intención y el resultado; en los culpables hay contradicción entre ambos y en los preterintencionales, la intención es excedida por el resultado.

Tal vez sean necesarios algunos ejemplos para aclarar lo anterior. En los delitos dolosos puros el resultado es idéntico a la intención, *verbi gratia*, se quiere disparar con la intención de matar (*ánimus occidendi*) y se produce la muerte; el tipo queda cumplido y se da una identidad entre la lesión y el resultado.

En ocasiones, el agente se excede en el delito que tenía intención de cometer, sin que exista la preterintencionalidad porque no se da la culpa. Por ejemplo, se quiere lesionar y con esa intención se actúa, pero con el mismo disparo se producen lesiones a otra persona o daños y estamos frente a un concurso de delitos. (1073)

El delito culpable exige la violación de un deber de cuidado y su conducta inicial debe ser lícita o indiferente penal; así, cuando se produce la muerte por atropellamiento, al ir el conductor a exceso de velocidad (lo cual no es constitutivo de delito), pero produce un resultado típico.

En el delito preterintencional es necesario que la conducta inicial sea típica y que conlleva un castigo menor al que se produce al violar un deber de cuidado. Aquí ejemplifico con una persona que comete ataques a las vías de comunicación (delito doloso) y, como consecuencia, lesiones, homicidio o daños. (1074)

El origen de sancionar la preterintencionalidad podría encontrarse en el adagio romano que dice: *Qui veritatem in re illicita respondit pro casus* (quien realiza un hecho lícito responde inclusive por el caso fortuito), que ha sido llevado a sus justas dimensiones en los códigos penales.

Dentro del psicologismo hay opiniones en el sentido de pretender que la preterintencionalidad sea sancionada en los mismos términos que el dolo, porque se considera que es igual a él (1075) Otra opinión estima que en el delito concurren tanto el dolo como la culpa, y por tal motivo la ultra-intención debe recibir un trato propio.

Considero que es más certera la segunda opinión, que efectivamente en el delito con exceso en el fin concurren el dolo y la culpa. Sancionarlo en términos de delito doloso es excesivo, porque el resultado se produce por culpa y si se pena como culpa, es muy benigno para quien actúa con intención delictuosa.

(1072) El exceso en el delito se da cuando el agente, a pesar de haber obtenido el resultado propuesto por su voluntad de concreción, continúa atacando al bien jurídico, al objeto material o al sujeto pasivo. El exceso en el resultado ocurre cuando las consecuencias de la conducta delictiva sobrepasan la intención del agente, como en el delito preterintencional, en donde se quiere un resultado menor y se produce uno mayor no querido. También hay exceso en el resultado en algunas hipótesis del concurso de delitos (ideal o formal) y puede existir un exceso en las causas de justificación.

(1073) Aquí existe un concurso de delitos, sin que se pueda hablar de la preterintencionalidad porque no existe la violación de un deber de cuidado.

(1074) Generalmente, en la práctica al menos se sanciona que el delito de ataques a las vías de comunicación es doloso, lo cual es muy cierto; pero las lesiones, los homicidios o los daños que se producen siempre han sido imputados a título de culpa, no siendo certera esa decisión, puesto que si concurren el dolo con respecto a un resultado menor y la culpa con relación a un resultado mayor como consecuencia de violar un deber de cuidado, debe existir la preterintencionalidad.

(1075) MEDINA HERRÁNDEZ. Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), p. 68. Tesis de Licenciatura. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, 1984. También: Un Estudio Teórico y Práctico del Delito Preterintencional. Tesis de Curso. Teoría General de la Culpabilidad. División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho. Cursos de Especialización en Ciencias Penales. Universidad Nacional Autónoma de México, 1975.

El resultado menor se quiso causar, se cobró con dolo para lograrlo; al mayor nunca se lo quiso ni se lo aceptó, aunque es consecuencia de la violación de un deber de cuidado. No es dolo ni culpa, sino una mezcla de las dos y esta forma de intencionalidad debe adquirir autonomía plena.

Se pretende atacar la posición que defiende al delito preterintencional como mezcla de dolo y culpa, diciendo que en un mismo resultado no pueden concurrir dos hipótesis de intencionalidad o culpabilidad; es decir, que no pueden darse al mismo tiempo el dolo y la culpa en un delito.

"Es obvio que el dolo y la culpa no puedan coexistir en un mismo resultado, aunque hablamos por todos los que defienden esta postura y anotamos que nadie ha dicho que sea cierta tal cosa; correctamente afirmamos que el dolo va dirigido al resultado menor y que el mayor se produce por culpa." (1076)

El dolo se da en el inicio, con respecto al resultado menor y la culpa en el final y va dirigida a la causación de un resultado mayor. Ocurren en este supuesto el dolo directo y la culpa con o sin previsión y esto es lo que provoca un gran desconcielo en la doctrina y en la práctica, al no saberle dar el enfoque.

Vamos a ver que dice REYES, por ejemplo, nos dice que hay preterintencionalidad cuando Pedro lanza sobre Juan una piedra con intención de herirlo pero ésta desvía su trayectoria de tal forma que recibe el impacto en la cabeza, a consecuencia del cual muere. (1077) Sin que sea muy afortunada su opinión.

En este supuesto se da un error inessential o accidental (aberratio ictus o error en el golpe), el cual es insuficiente para anular a la culpabilidad y la muerte producida debe serle imputada a título de dolo a Juan, porque por ningún lado se da la violación del deber de cuidado, que es esencia de la culpa.

De todos los ejemplos que encontré en la doctrina no pude hacer uno válido. Con todo el merito o demérito que la situación implica, debo retractarme de la opinión primaria que di en una tesis anterior acerca de que en el aborto (cuando se lesiona o priva de la vida a la madre) no podía darse la preterintencionalidad. (1078)

Esta es una de las pocas hipótesis que, después de analizarla a consciencia, pueden tener una consecuencia preterintencional. Si el médico tiene el dolo de suspender el embarazo y a causa de su impericia periora el útero de la persona embarazada, se da la preterintencionalidad y no el concurso de delitos, como había manifestado. (1079)

No admito que se diga que la preterintencionalidad es un delito calificado por el resultado, dado que la esencia de estos es que el o los resultados dañosos le sean imputados al autor sin tomar en consideración la intención con la que actúo, porque en este fenómeno sí que se toma en cuenta el dolo inicial.

(1076) MEDINA HERNANDEZ. Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), p. 88. Tesis de Licenciatura. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, 1984. Nota (16).

(1077) REYES. La Culpabilidad. p. 142. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 1982.

(1078) MEDINA HERNANDEZ. Un Estudio Teórico y Legislativo del Delito Preterintencional. Tesis de Curso. División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho. Cursos de Especialización en Ciencias Penales. Universidad Nacional Autónoma de México. 1985.

(1079) Aquí sí que hay dolo con respecto a un resultado menor y culpa con relación a las consecuencias mayores. Si existe la violación del deber de cuidado del médico que realiza la operación, sabiéndose imperito. De los ejemplos doctrinales hay otro, igual de fallido que el que nos expone REYES. Recuerdo aquel que dice que en la línea de las lesiones pueda existir la preterintencionalidad. Bien analizado, tampoco resulta ser un supuesto de preterintencionalidad, porque no existe la violación del deber de cuidado que le da esencia a la culpa. No concibo la idea de que se tenga intención de causar lesiones leves con una puñalada, por ejemplo, y que las graves se produzcan al violar un deber de cuidado, por falta de tino.

Es obvio que si el agente actúa con intención debe ser responsable de todos los efectos directos que su comportamiento produce o ayude a producir, él deseará el proceso causal y por ello tiene que responder. Si no se aceptara esto, tampoco debería sancionarse el concurso de delitos.

Tan se está considerando su intención, que el segundo resultado deberá imputársele como no querido (culposo). Si nada más cesara la intención, todo sería cargado a su cuenta como doloso, lo mismo ocurriría si nada más se atendiera al resultado. Recuérdese que el finalismo no desecha a la causalidad.

Quien opine en contrario, no ha meditado bien el problema o tal vez no encuentra los argumentos suficientemente fuertes como para sostener su postura. En la preterintencionalidad se está considerando a la intención y a lo que se produce cuando ésta concursa con los factores causales.

Si fijamos bien nuestra atención en el fenómeno que comentamos, podremos descubrir que la preterintencionalidad también es una ficción jurídica, tal como lo son el concurso de delitos y el delito continuado, por ejemplo, y que ha sido elaborada para beneficiar al sujeto activo.

Las reglas del concurso de delitos y del delito continuado eson aplicadas para evitar las sanciones privativas de libertad que resulten excesivas, o en otros tiempos para que no fuera aplicada la pena de muerte con el mismo objetivo, las mentes creadoras italianas elaboraron el concepto de la preterintencionalidad.

Como ya dije, el solo resultado por culpa e imponer nada más la pena correspondiente al delito culposo es muy exiguo para quien dirigió su conducta inicial con dolo. Por ello debe encontrarse el término medio que nos lleve a la equidad.

A la preterintencionalidad debe analizársela bien, para que en caso de que quiera desechársela se haga con fundamentos y no nada más porque no la entendamos. No digo que yo ya haya logrado comprenderla, que sepa todo acerca de ella, aunque al menos tengo el interés de seguir meditando su situación problemática.

De los aspectos negativos de la preterintencionalidad no se habló porque, como ya dije, para muchos autores no existe y los doctrinarios que la aceptan no aluden a ellos. Tendrían que ser considerados sendos aspectos; por un lado el dolo y por el otro, la culpa, que son sus constitutivos.

Con respecto al dolo, deben analizarse sus elementos emocional, volitivo o psicológico e intelectual, cognoscitivo o ético, que dan lugar a la coacción y a los errores. En lo tocante a la culpa, el psicologismo y el normativismo causalista no hablaron de sus aspectos negativos.

En el normativismo finalista o simplemente finalismo, la ausencia del dolo produce en mi teoría el *incriminatio finalis*. La falta de preterintencionalidad (o de intención en general), produce una ausencia de conducta al faltar un elemento constitutivo del momento subjetivo-material del delito.

Las causas de inculpabilidad desde las perspectivas del psicologismo, del normativismo y del finalismo, serán analizadas minuciosamente en un inciso posterior. (1080) Por lo pronto, pasaremos a hacer la exposición del culpa.

(173) LA NO INTENCION.

Como una segunda modalidad de la culpabilidad psicológica y normativa causalista fue ubicada la culpa. Cabe hacer notar que para referirnos al género (culpabilidad), el adjetivo a emplear es el de "culpable" y que al hablar de su segunda especie, debe ser utilizado el de "culposo".

(1080) INFRA. Sección Segunda. Capítulo Cuarto. Inciso (B). Números (176), (177) y (178). La Culpabilidad Psicológica. La Culpabilidad Normativa Causalista, La Culpabilidad Normativa Finalista.

La culpa ocupa un segundo plano con respecto al dolo, aunque no por esto el delito doloso resulta ser más importante que el culposo, puesto que tanto el uno como la otra, juegan un idéntico papel en las teorías psicológica y normativa causalista, al menos por cuanto hace a su estudio.

De entrada, para demostrar que ha habido culpa, debe demostrarse la "no intención de producir el resultado". en un tiempo llegó a confundirse a la culpa con la falta de voluntad; así FERRI denominó, a los delitos provocados con un actuar culposo del agente, como "involuntarios". (1081)

"Estimamos que la culpa conlleva a la voluntad dirigida a la realización de la conducta, lo que no se quiere es el resultado, que ocurre a consecuencia de la violación de un deber general de cuidado que personalmente le incumbe al autor". (1082) Esa es la esencia de la culpa y no la previsión.

En México la doctrina y la legislación la han llamado "imprudencia". Esto es indebido, la culpa viene a ocupar el lugar del género y una de sus especies es la imprudencia; resultando incorrecto que se tome el nombre de lo general para hacer alusión a una de sus particularidades.

La voz culpa significa: hacer (faro); Karl, kelp (parar, hacer) y son culpa (consilium, propositum). (1083) La culpa es la falta más o menos grave, cometida a sabiendas y en forma voluntaria. Es la parte que se toma en una determinación y el modo en que ésta se ejecuta. Da motivo para exigir legalmente una responsabilidad. (1084)

No deben confundirse los términos "culpa" y "culpabilidad"; la primera es la especie del género, que es la segunda. La esencia de la culpa recae en la violación del deber de cuidado, que lo incumbe al agente de acuerdo a las circunstancias concurrentes en el momento delictivo y a sus características personales.

La culpa tiene de común con el dolo en que ambos se puede y debe obrarse de otra manera: De acuerdo a los postulados jurídicos, el deber de obrar influye en las dos formas de culpabilidad; empero, es valorado de diferente manera. (1085)

PAWON VASCONCELLOS dice: "La experiencia diaria nos demuestra cómo en ocasiones la conducta humana, no proyectada voluntariamente a la producción de un dolo, lo origina causalmente. En tales situaciones afirmase la existencia de la culpa cuando la actitud del sujeto, enjuiciada a través del imperativo de los deberes impuestos por la ley, es reprochable a virtud de la inobservancia de la prudencia, atención, pericia, reglas, órdenes, disciplinas, etc., necesarias para evitar la producción de resultados previstos en la ley como delictuosos". (1086)

REYES explica: "De conformidad con el concepto de culpabilidad que hemos aceptado, la culpa ha de ubicarse también aquí, en cuanto supone actitud consciente de la voluntad que genera el juicio de reproche". (1087)

CASTELLANOS TEJA piensa que la culpa existe cuando se realiza la conducta sin examinar la voluntad a la producción del resultado típico, y que éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no poner en juego, por negligencia o por imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas. (1088)

(1081) La postura fue aceptada en el Código Penal Italiano, que llegó a hablar de delitos voluntarios e involuntarios. En México fue seguida por PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. pp. 305/7. Editorial Porrúa, S. A. México. 1979.

(1082) MEDINA HERNANDEZ. Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia). p. 84. Tesis de Licenciatura. Facultad de Derecho. UNAM. 1985.

(1083) *IDEM*. Nota (123). Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Editorial Espasa-Calpe. Madrid. 1970.

(1084) *IDEM*. Nota (123), p. 84.

(1085) *IDEM*, pp. 84/5.

(1086) PAWON VASCONCELLOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, p. 365. Editorial Porrúa, S. A. México. 1974.

(1087) REYES. La Culpabilidad. p. 98. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 1982.

(1088) CASTELLANOS TEJA. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. pp. 246/7. Editorial Porrúa, S. A. México. 1981.

Para CUELLO CALON hay culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causándose un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. (1089)

CARRARA afirmó, al explicar el fundamento de la culpa, que es un vicio de la voluntad, que ante explicación la reflexión necesaria para calcular las consecuencias previsibles del hecho y como esas previsiones siniestros. (1090) BRUSA y VON LISZT se ubican en esta teoría de la previsibilidad. (1091)

HAUS dice que la esencia de nuestra forma de culpable está en la negligencia ocasionada por la ausencia de la voluntad de evitar el daño. (1092) SAVATINI habla de la imprudencia o negligencia. (1093) VILLALOBOS menciona la negligencia, imprudencia, falta de reflexión, de pericia, de precauciones o cuidados necesarios. (1094)

ALMENDRIN interviene el vicio de la voluntad por otro de la inteligencia y de la memoria, por falta de "reflexión", fundamentando la pena en una amonestación para que en un tiempo futuro evite otras conductas culposas y para que aprisa a no omitir la reflexión capaz de evitar las consecuencias dañosas. (1095)

Así, existen otras tantas teorías: La del error evitable, (1096) la del los positivistas, (1097) la físico-psicosociológica, (1098) la inte-

(1089) CUELLO CALON. Derecho Penal. Parte Penal. p. 461. Editorial Bosch. Barcelona. 1975.

(1090) CARRARA. Programa del Curso de Derecho Criminal. Volumen I. pp. 80/1 y 83. Buenos Aires. 1944.

(1091) BRUSA considera la previsibilidad y la prevenibilidad. Define a la culpa como: "La omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prevenir o prevenir un evento penalmente antijurídico, posible, previsible y prevenible". Citado por PAVON VASCONCELOS. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. p. 366. Editorial Porrúa, S. A. México. 1986. VON LISZT opina que la culpa es el concepto formal de la no provisión de un resultado previsible.

(1092) HAUS. Principii Generali di Diritto Penale. Tomo I. p. 291. Napoli. 1877. Los llama delitos involuntarios, en razón al evento que debía prevenir o prevenir el autor. SAVATINI también dice que la culpa consiste en la omisión por imprudencia o negligencia de un hecho. Citado por PAVON VASCONCELOS. Op. cit. p. 367.

(1093) IDEM. Nota (1123).

(1094) VILLALOBOS. Derecho Penal Mexicano. p. 298. Editorial Porrúa, S.A., México. 1960. le da relevancia únicamente a la negligencia o imprudencia y dice que todos los demás términos que habla mencionado son formas en que ésta se manifiesta, caracterizado de contenido autónomo.

(1095) ALMENDRIN afirma que en estos casos todo esto de la facultad cognoscitiva está pasada de elección y en un principio propugna que si sear penados por la ley, aunque después acepte y fundamenta la pena. Unterruchung über das kulplose Verbrechen. Giessen. 1804. Cfr. SIMENES DE ASUA. La ley y el Delito. p. 372. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1980. MARQUEZ PINERO. Derecho Penal. Parte General. p. 285. Editorial Trillas. México. 1986. PAVON VASCONCELOS. Op. cit. pp. 369/70. BUSTI, CIVILTI, EMPALLOTTI, MERKEL, MOLLINER, FILIANGIERI, TERN, STUDEL y JANUZZI-PIROLLI se afilian a esta concepción, con sus respectivos variantes. Cfr. PAVON VASCONCELOS. Op. cit. p. 370.

(1096) MULLIN sostiene que negligencia y culpa se igualan y en ella la persona no ha evitado el error que es el principio del evento dañoso. La no evitación y el contenido negativo de la voluntad, la determinan del delito. MANZINI habla de la culpa opión inexcusable. LECOM DORNING rebate al decir que la culpa no puede fundarse en el error. Cfr. PAVON VASCONCELOS. Op. cit., p. 369.

(1097) FERRI sostiene que los delitos culposos son involuntarios, como ya dije, y que su punición se basa en la responsabilidad social. Principii di Diritto Penale. pp. 443 y ss. Unione Tipografica. Editrice Torinese. Turin. 1929.

(1098) ANGIOLINI habla del defecto de atención, estudia la red nerviosa central y las neuronas cerebrales y sitúa la esencia de la culpa en un defecto de asociación de ideas. El resultado del delito culposo es inconveniente e involuntario. Del delito culposo, pp. 49 y ss. Turin Bocca. 1901. Cfr. MARQUEZ PINERO. Derecho Penal. Parte General. p. 285. Editorial Trillas. México. 1986.

gral, (1099) la de la voluntad, previsibilidad y evitabilidad, (1100) la de la referencia anímica (1101) y la psicoanalítica. (1102)

De todas estas teorías acerca de la naturaleza de la culpa, han salido las confusiones alrededor de la institución. Yo me avoco a considerar que su esencia radica en la violación de un deber de cuidado y así lo estima además, el CPF, por lo tanto este es su elemento esencial desde el punto de vista de la ley.

La fórmula legal dice así: "Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen". (1103) No manifiesta cuáles son las formas en que puede actuarse imprudencialmente; empero, confunde el género con una de sus especies.

Desde luego que esta definición nueva supera de todas, todas a la antigua, que hacía referencia a la imprevisión, negligencia, impericia, irreflexión o falta de cuidado, a las cuales suprimimos de nuestros estudios por ser meras tautologías, ya que en todas ellas la esencia es la violación del deber general de cuidado.

A su vez, la culpa, como especie de la culpabilidad, tiene - sus formas de manifestarse. Los modos en que puede obrarse culpablemente lo son, a mi juicio, claramente la impericia y la ineptitud; deficiencias una de carácter técnico y la otra de origen natural y en ambas se da la violación de un deber de cuidado. (1104)

El deber general de cuidado guía todo el trayecto de una conducta culposa, en la cual el resultado puede o no ser previsto por el agente y esta previsión encuentra su límite en el caso fortuito, dado que no se responsabilizará a ninguno, cuando el evento que sobreviene sea imprevisible o inevitable. (1105)

(1099) VON LISZT ubicado primeramente en la teoría del vicio de la voluntad, conjuga ésta con la de la previsibilidad, la de la falta de atención y la positivista, con un carácter más orgánico que ecléctico, nos dice MARQUEZ PINERO. *Derecho Penal*. Parte General. p. 286. Editorial Trillas. México. 1986.

(1100) Esta postura es defendida por BINDING. *Die Normen Und Ihre Uebersetzung*. Tomo IV. pp. 357 y ss. 2a. edición. Sostiene que en muchas conductas culposas (negligentes) la voluntad está dirigida a un acto que ha sido previsto claramente en su efecto causal, tan exacto como en un delito doloso. La voluntad va dirigida a una conducta antijurídica, aunque el agente desconoce la antijuridicidad; empero, no es consciente de la misma. El evento debe ser previsible y evitable.

(1101) Esta nos la refiere MARQUEZ PINERO. *Op. cit.* p. 287. Editorial Trillas. México. 1986. MEZZGER trató de unificar al dolo y la culpa; dice que la esencia de ambos se halla en una referencia anímica. Sostiene que en los delitos culpables hay un momento de querer consciente antijurídico, en el cual la acción se quiso.

(1102) Para mayores referencias consultar: MARQUEZ PINERO. *Op. cit.* pp. 287 y ss. Otras opiniones acerca de las teorías sobre la esencia de la culpa las encontramos en: JIMENEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*. pp. 372 y ss. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1980. REYES. *Derecho Penal*. Parte General. pp. 275 y ss. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 1984. REYES. *La Culpabilidad*. pp. 97 y ss. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 1982. PAVON VASCONCELOS. *Manual de Derecho Penal Mexicano*. Parte General. pp. 365 y ss. Editorial Porrúa, S. A. México. 1984.

(1103) La prevé el artículo 8º fracción II y la define el precepto 9º en su segundo párrafo.

(1104) MEDINA HERNANDEZ. *Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo*. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia). p. 86. Tesis de Licenciatura. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1984. Un Estudio Teórico y Legislativo del Delito Preterintencional. Tesis de Curso. División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho. Cursos de Especialización en Ciencias Penales. Teoría General de la Culpabilidad. Universidad Nacional Autónoma de México. 1985. SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Primer. Inciso (C). Número (91), *La Intensión*.

(1105) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Primer. Inciso (E). Número (105). *La Ausencia de Intención*. INFRA. Sección Segunda. Capítulo Cuarto. Inciso (A). Número (174). *El límite de la Culpabilidad*.

El deber de cuidado puede ser legal en sentido amplísimo, considerando todas las facetas del área jurídica, o bien impuesto por la práctica cotidiana; es valorado en la antijuridicidad (para probar su exigencia). Aún el extralegal está vinculado con nuestra área.

Por ejemplo, en la conducta de conducir vehículos de automotor, el chofer tiene la obligación de respetar deberes de cuidado, que se encuentran vinculados a las disposiciones de los reglamentos de tránsito, que son considerados como normas jurídicas en sentido amplio y como tal se las valora.

Por ello, se atiende a la existencia del deber en la antijuridicidad y a la posibilidad de exigírselo a determinada persona, en la culpabilidad, de acuerdo a las circunstancias concurrentes en el momento delictivo y a sus características personales.

Las clases de culpa que se reconocen son la culpa con representación consciente o sin representación, sin previsión o inconsciente, atendiendo a la previsión o no previsión del resultado típico, que no adquieren mayor relevancia dado que reciben el mismo tratamiento legal. (1106)

"Estas especies tienen su delimitación; la de la culpa consciente, la marca el dolo eventual, en el cual el resultado posible no era querido aunque sí se le previó y, al producirse se lo aceptó; la de la culpa inconsciente nos la da el caso fortuito, donde no se previó lo que es imprevisible". (1107)

Aquí se habla doctrinariamente de un fenómeno propio de esta especie culpable de "compensación de culpas" (1108) Este problema ha estado de resolverse en base al principio: Paria delicta mutua compensatione dissolvuntur (los delitos iguales se disuelven por la mutua compensación).

En el área penal no opera la compensación de culpas, porque el hecho de que alguno haya actuado en forma culposa, no borra la culpabilidad del otro. (1109) La culpa ajena no puede ser alegada como excluyente de responsabilidad, así como tampoco produce la compensación de la propia.

En cambio, puede darse la concurrencia de culpas en una conducta delictuosa y aquí es la suma de estas especies de intención la causa productora del resultado que aparece, sin que la una sirva para disolver a la otra y queda subsistente la responsabilidad de ambos autores, cada uno por ese delito. (1110)

Por ejemplo, en un choque automovilístico, en el cual uno de los autores se pasa el alto y el otro conduce a exceso de velocidad y se produce la colisión de los vehículos, resultando con daños de idéntico monto ambos automóviles y lesionados sus dos conductores, con el mismo tipo de lesiones.

En este caso se trata de delitos que son perseguibles por querrela de parte ofendida y sus autores pueden alegar una compensación extralegal que no da origen al proceso penal, impuro si no llegasen a un arreglo a los dos debe consignárselos como autores materiales de los delitos de lesiones y daño en propiedad ajena.

(1106) Para buscar sus conceptos atienda a: MEDINA HERNANDEZ, Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo, (Doctrina, legislación y Jurisprudencia), p. 86. Tesis de Licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984. FAVON VASCOQUELOS, Manual de Derecho Penal de México. Parte General. pp. 372 y ss. Editorial Porrúa, S.A., México, 1974. REYES, Derecho Penal. Parte General. p. 278, Universidad del Externo de Colombia, Bogotá, 1984. La legislación (CPE) prevé en términos generales a la culpa, sin distinguir entre la consciente y la inconsciente y ambas tienen idéntica sanción en los artículos 60 y 61.

(1107) MEDINA HERNANDEZ. Op. cit.

(1108) REYES ejemplifica: "En esta hipótesis estaría el peatón que al intentar subirse por la puerta trasera de un autobús, porque el conductor no detuvo la marcha del vehículo para recogerlo en el paradero, cae y resulta lesionado o muerto". En este caso, a mi juicio, no podría haber esa compensación de culpas, puesto que solamente hay una conducta delictiva. Op. cit. p. 281.

(1109) En este sentido opinan: REYES. Op. cit., pp. 281-282. FAVON VASCOQUELOS. Op. cit. pp. 376-377.

(1110) FAVON VASCOQUELOS. Op. cit., p. 377.

La concurrencia de intención culposa deja subeistente la responsabilidad de cada uno de los autores por su propia culpa y en estos casos no es admisible la compensación legal. En todo caso, podriase prever una sanción atenuada para que se aplique en estas hipótesis en los textos de los códigos.

Ahora bien, en los casos en que el comportamiento dañoso se debió solamente a la conducta culposa (si pudiera ser llamada así) del ofendido, o más bien de su imprudencia, la responsabilidad del presunto sujeto activo sí que debe quedar a salvo, al no poder ser previsto lo imprevisible o evitado lo inevitable.

REYES expresa: "Reconocemos, sí, que cuando el hecho lesivo fue producto exclusivo de un comportamiento culposo de la víctima, roto el nexo causal que en todo caso debe correr entre sujeto activo y resultado de su conducta, el agente queda exento de responsabilidad". (1111) Sin que en este caso se trate de una concurrencia de culpas, sino de un caso fortuito. (1112)

Como en el ejemplo que puse del sujeto aquel que se quedó dormido debajo de un camión materialista y que el conductor priva de la vida al ponerlo en marcha, sin violar deber de cuidado alguno, toda vez que arranca el vehículo observando todas las precauciones debidas. (1113)

En la doctrina se presenta también una interesante controversia en torno a la coparticipación en el delito culposo, existiendo, como en todo, autores que la aceptan en forma limitada, en toda su extensión o que la rechazan abiertamente. Mi pensamiento está por aceptar la última de las posturas. (1114)

Si el delito requiere de un enlace subjetivo entre el autor y la conducta o sus resultados dañosos, en la intervención delictuosa se necesita de esa relación y no es posible que lleguemos a establecerla en lo que ha sido denominado como "coparticipación culposa" en la doctrina penal.

Podría ser que uno incite a otro a la realización material de la conducta que da origen al delito culposo, empero ésta no es constitutiva de delito en sí misma, sino que representa un acto lícito o indiferente para el área penal y aquí es irrelevante hablar de la "coparticipación delictuosa".

Si alguno se valiera de un "culpable culposo" para realizar la conducta delictiva (es decir, que si su intervención fuera mediata, no podría decirse que hubo esa coparticipación, dado que solamente habría responsabilidad por parte de la primera persona y a la segunda, le beneficiaría un aspecto negativo del delito.

En cuanto a los aspectos negativos de la culpa, es importante asentar que para la teoría de la culpabilidad no se hizo mención a ella, toda vez que en el psicologismo, por ejemplo, no era posible que llegara a establecerse el vínculo psicológico entre el autor y su conducta desplegada.

(1111) REYES. Delito Penal. Parte General. p. 282. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 1984.

(1112) Al cual he definido como la no previsión de lo imprevisible o la no evitación de lo inevitable. Es más, si hubiera ausencia de relación causal, no podría serle imputado el evento al agente, por presentarse una ausencia de conducta.

(1113) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (E). Número (105), La Ausencia de Intención.

(1114) REYES dice: "Aunque reconocemos que la modalidad ordinaria y propia de la coparticipación punible supone un conocimiento de la ilicitud del hecho y un querer, su resultado antijurídico --lo que permite encuadrarla comúnmente en el ámbito del delito doloso-- no es posible desconocer que se pueda colaborar en la ejecución de un hecho típico cuya punibilidad depende no de querer un determinado evento, sino de no prever sus consecuencias previsibles o de no poder evitar las que indubitablemente se confiaba sortar. Op. cit., p. 283. En Colombia el CP prevé la coparticipación de sus hipótesis de determinar a otro, tomar parte materialmente en el hecho o contribuir de otra manera en él. El Código Penal Italiano regula la complicidad en el delito culposo. Es importante distinguir la coparticipación (o coautoría) de las demás formas de intervención en el delito, aquella implica la presencia de dos autores, que se da en la instigación a la que alude REYES.

El término conducta se toma en forma amplia, tal y como lo he concebido en el sincretismo penal, incluyéndose en él a los resultados, que son la esencia de la punibilidad en el delito culposo, junto con la violación del deber general de cuidado y la no previsibilidad o previsibilidad del resultado o de lo necesario para evitarlo.

Únicamente el psicologismo hizo alusión al caso fortuito, mas no como una de las hipótesis de inculpabilidad, sino como el límite del elemento, frente al cual no podemos afirmar la existencia de la culpa ni de la culpabilidad y que nuestro Código Penal tomó como excluyente de responsabilidad. (1115)

Para el normativismo causalista podría encuadrarse de la misma manera. En el normativismo finalista el dolo y la culpa son ubicados entre los elementos típicos; por lo tanto, el *casus daria* lugar a una hipótesis de atipicidad o de ausencia de conducta, en el caso de que la culpa se considere parte integrante de ella. (1116)

(174) EL LIMITE DE LA CULPABILIDAD.

En la tradicional doctrina del delito, con la cual yo me inicié en el estudio de nuestra ciencia jurídico-penal, se considera que el caso fortuito es el límite de la culpabilidad porque ante él no existe dolo ni culpa y resulta, por ende, a la vez el límite mismo de la culpa.

En realidad, como quiera que sea, si se considera que el dolo y la culpa están ubicados dentro de las formas que puede asumir el elemento del delito denominado culpabilidad, debe entenderse que si el *casus fortuito* los anula a los dos, estamos en presencia de una de las causas de inculpabilidad, aunque a la vez la límite.

En forma inicial, consideré al *casus* como: "El resultado típico y antijurídico, consecuencia de una conducta humana voluntaria, que pudo o no ser previsto aunque no podía ser evitado por una persona común y corriente, motivo por el cual su autor no puede responsabilizarse por él". (1117)

POGGE PERIT gustaba de dar la siguiente definición: "Hay caso fortuito cuando no se prevé lo imprevisible". (1118) Con los cambios o mejoras que hubiese podido tener mi pensamiento, estimo que el *casus* debe ser considerado como: "La no previsión de lo imprevisible o la no evitación de lo inevitable". (1119)

REYES nos dice que no se distingue entre caso fortuito y fuerza mayor, en la materia penal porque jurídicamente son fenómenos equivalentes en sus alcances y en sus efectos y que por esa razón deben ser utilizados en forma indistinta ambos términos y los califica con la inevitabilidad. (1120)

"Podríamos definir entonces -nos dice el mencionado autor- el caso fortuito o fuerza mayor como aquel acontecimiento de origen interno o externo imposible de evitar aun en el caso de que sea previsible". (1121) Ejemplificando con una tormenta que puede preverse, pero sus efectos nocivos son inevitables. (1122)

(1115) Revolviéndolo con otros aspectos negativos del delito, el CPF ubica al caso fortuito entre las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, definiéndolo en la fracción X del artículo 15, como la causación de un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

(1116) SUPRA, La Ausencia de Intención.

(1117) MEDINA HERNÁNDEZ, *Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo, (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia)*, p. 157. Tesis de Licenciatura. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1984. Con la evolución de mi pensamiento hacia las tendencias finalistas, la opinión ha variado, como se verá en líneas posteriores.

(1118) MEDINA HERNÁNDEZ, *Op. cit.* p. 157.

(1119) SUPRA, Capítulo Primero. Sección Segunda. Inciso (E) Número (157).

(1120) REYES, *Derecho Penal. Parte General.* p. 289. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 1984.

(1121) *IDEM.*
(1122) *IBIDEM.*

Yo discrepo de esta opinión, por un motivo que es muy sencillo: En la ciencia jurídico-penal (doctrina, práctica o jurisprudencia), todos los términos deben ser precisos y tratándose de aspectos negativos del delito o de la responsabilidad, las causas deben ser señaladas en forma exacta y no por similitudes.

Todos los aspectos negativos del delito y sus causas tienen los mismos alcances y efectos y no por eso, podemos decir que puedan englobarse en los términos "caso fortuito" o "fuerza mayor" o peor aún, bajo el rubro de "excluyentes de responsabilidad penal", como lo hace nuestro CFF.

La fuerza mayor y el caso fortuito tienen varios aspectos que los diferencian entre sí, tanto en el punto de vista teórico como en la perspectiva estructural y de manera alguna puedo aceptar que se diga que son equivalentes, ni aun cuando en mi sincretismo penal ainsé que ambos originan una ausencia de conducta. (1123)

La vis maior proviene de la naturaleza o de los animales y es ejercida directamente sobre el cuerpo del sujeto, impulsándolo al movimiento y precisamente es esa motividad la que produce el resultado típico, en ningún momento existe la voluntad de realizar el comportamiento y anula la conducta por esa falta del querer. (1124)

Ambos fenómenos pueden incluir en su estructura a la previsibilidad o prescindir de ella; empero, en la fuerza mayor puede haber un mínimo de evitabilidad, en tanto que en el casus, el resultado típico debe ser inevitable. En éste, la consecuencia tipificada puede ocasionarse por la naturaleza, los animales o el hombre.

En algunas hipótesis, en el caso fortuito puede existir la voluntad de realizar la conducta y el aspecto negativo será originado por la no previsión de lo imprevisible o la no evitación de lo inevitable, dentro de los cánones en que puede prever o evitar una persona que es considerada como normal.

Los ejemplos siempre nos ayudan a captar mejor lo explicado y a ellos voy a recurrir en este momento para establecer la diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito, recordando que si bien es cierto que ambas originan una ausencia de conducta, no es exacto que se deba a los mismos motivos.

En la vis maior, tenemos el ejemplo de un sujeto que asiste a la "pamplonada" y en las carreras, llega al toro y lo corna, impulsándolo por los aires y en el momento en que cae, arrastra en su caída a un menor, el cual muere como consecuencia de las lesiones sufridas en este incidente, que no son constitutivas de delito alguno.

Para el casus, en su hipótesis de "no previsibilidad", tenemos que una madre imprudente descuida a su hijo menor de edad, quien se pone a jugar debajo de un trailer; llega el conductor y lo enciende, lo echa a andar y en ese acto atropella al pequeño y en el curso de la acción no viola deber de cuidado alguno.

En el supuesto de la "no evitabilidad", tenemos que el caso fortuito puede ejemplificarse suponiendo que una persona sufre un infarto al micocardio mientras conduce su automóvil, el cual queda sin control y en el curso de esa carrera provoca daño en propiedad ajena a varios automóviles, sin que pueda llegar a integrarse el delito.

Debo dejar bien asentado que en el término "caso fortuito" se engloba a todos los hechos cuya causalidad se halla fuera del poder de previsión o de evitación de los sujetos comunes y corrientes. El área jurídico-penal no puede exigirle a alguno que se comporte como si fuese un super-hombre.

(1123) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (E) Número (103) La Involuntariedad y (105) La Inconsciencia.

(1124) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (E) Número (103)

Lo que es imprevisible o inevitable no debe serle imputado a alguno. Aun cuando UPLIANO haya asentado que: "Caso fortuito es aquel que no puede preverse por ningún medio humano", (1125) yo considero que en el *casus* puede presentarse un *casus* de provisión, sin que esto le quite la calidad de fortuito al evento. (1126)

Se hace patente la necesidad de hacer diferenciación entre el caso fortuito y la culpa; en ésta puede haber provisión o no provisión de un resultado que siempre desearse previsible y evitable y esta posibilidad debe tenerla el común de la gente; el daño puede ser impedido por la conducta humana.

En el caso fortuito, en cambio, el resultado podría ser previsto en algunas ocasiones, aunque la conducta de un hombre normal nunca podrá evitarlo, porque entran en juego factores naturales, animales o humanos ajenos a él que, aunque haya provisión por su calidad anulan la posibilidad de proveer lo necesario para su evitación.

(175) LAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

Tal vez sea en la culpabilidad, en el elemento del delito en el cual la doctrina tradicionalista presenta más fallas; esto queda demostrado atendiendo a que han surgido tres teorías diversas para su estudio. En mi consideración algunas de esas teorías son las siguientes:

I. No se logra una estructura clara del elemento, tan es así que no se encuentra un autor puro del psicologismo, del finalismo o del finalismo, a no ser de que se trate de los creadores de las teorías, que han tratado de superarse por otros tratadistas, anudando su particular punto de vista.

II. Apartadamente, la mayoría de los doctrinarios tradicionales pertenecen al psicologismo, sin que aporten los datos suficientes para defender su tendencia.

III. Por lo menos en México, suelen emplearse como sinónimos del dolo y de la culpa, la intención y la no intención, con los inconvenientes que he comentado.

IV. Las formas o especies de la culpabilidad, a pesar de ser subjetivas, atienden más a los caracteres objetivos de la conducta, dejando a un lado lo que es propio de su autor. Así ponen mayor énfasis en lo que causó la conducta voluntaria, que en aquello que motivó a la voluntad.

Hay otras diferencias críticas más, que se dan en razón del sistema propio de cada una de las teorías propias en materias de culpabilidad y que serán comentadas en los incisos subsiguientes.

(B) MI TEORÍA.

En sus albores, aproximadamente en el año 300 a.C., la acción fue estructurada sobre la base subjetiva de la finalidad; (1127) no podía ser de otra forma, habida cuenta de que no puede concebirse que la conducta humana se encuentre alejada de los fines porque nadie actúa por el simple placer.

Posteriormente, a finales del siglo XIX, la acción finalista es desechada porque se considera impropia y se la substituye por una acción causal --natural o social-- en el momento en que la ciencias mecánicas y naturales se entroncan en el campo de la ciencia jurídico-penal.

Dos mil doscientos treinta y un años después, al no poder resolverse los problemas que traía consigo la adopción de una materia ajena a nuestra ciencia, como lo es la causalidad, renace el concepto de la acción finalista, en la teoría de WELSEL, en la Alemania del año de 1931.

(1125) UPLIANO. Citado por MEDINA HERNANDEZ. *Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo.* (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia). p. 158. Tesis de Licenciatura. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1984.

(1126) *IBIDEM.*

(1127) *IBIDEM.* p. 69.

El pensamiento finalista no se deshace por entero de la causalidad, sino que la toma en consideración, adecuándola a sus postulados y reconoce que está al servicio de los fines del hombre, puesto que cuando él tiene conocimiento de su rumbo, es capaz de interrumpirlo y adecuarlo para el logro de sus fines.

En este sentido, la conducta finalista adquiere una importancia mucho mayor que la que le había otorgado el causalismo, puesto que ahora deberá ponerse más interés en el aspecto subjetivo de las acciones y omisiones que en la perspectiva material, que no se deja a un lado, sino que complementa al comportamiento humano.

Atendiendo a las prescripciones del finalismo, son dos los elementos del delito en los cuales se deja sentir en mayor grado su influencia, ellos son la conducta y la culpabilidad que de ordinario, habían valorado los aspectos objetivo y subjetivo de la infracción penal, respectivamente

En una variante de la teoría finalista de la acción y en la búsqueda de una nueva estructura para el delito, en mi pensamiento surgió la idea de que naciese un sistema diferente para la ciencia jurídico-penal, que he denominado "sincretismo" y que pretende tomar lo mejor de cada una de las posturas existentes.

El "sincretismo penal" no puede ser considerado una novedad por completo, habida cuenta de que se vale de las doctrinas que han sido fabricadas (porque no puede ser de otra manera), aunque sí contiene algunos aspectos innovadores, que espero puedan llegar a adquirir validez plena.

La teoría que propongo procura darle a los cuatro elementos del ente jurídico-penal una función concreta dentro del proceso de la valoración que es realizada por las autoridades ministerial o judicial, para que logremos llegar a su prueba o a su comprobación y a declarar su existencia.

En el primer elemento del delito (el subjetivo-material), se tiene el objetivo inmediato de llegar a la concepción de una conducta completa que es analizada desde las perspectivas objetiva y subjetiva, sin desatender a alguno de los aspectos que deben integrar un comportamiento de relevancia penal.

Esta valoración se hace poniendo énfasis en la manifestación de la conducta en la realidad fáctica, desde luego a la luz de los parámetros de la normatividad jurídico-penal, para corroborar la integración de una conducta completa que puede tener interés en nuestra área punitiva.

Las dos valoraciones siguientes, relacionarán al elemento subjetivo-material o conducta primero con las peticiones de un delito-tipo, para verificar su adecuación a él (elemento regulador o tipicidad) y segundo, para probar que además es contraria al deber ser jurídico-penal (elemento valorativo o antijuridicidad).

Por último, la valoración que más nos interesa en este instante, es la del elemento normativo (culpabilidad o temibilidad), en la cual va a relacionarse estrechamente al autor de la conducta con los resultados de relieve punitivo, para llegar a un juicio cierto en el cual pueda serle reprochado el comportamiento que asumió, o graduarse su temibilidad.

"La culpabilidad es el primer elemento del delito donde los postulados de nuestra disciplina se individualizan para enjuiciar al autor de la conducta típica y antijurídica". (1128) Es el cuarto y último eslabón de la cadena del delito que, aunado a la responsabilidad, termina asegurándose con la imposición de las sanciones.

Si existe un tópico en la ciencia jurídico-penal que haya causado grandes polémicas en las últimas décadas del siglo en que vivimos, tanto en la doctrina como en su aplicación en el mundo de la realidad fáctica, podemos decir que lo ha sido el de la culpabilidad, que debe despertarnos un gran interés.

(1128) MEDINA HERNANDEZ. Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia). p. 158. Tesis de Licenciatura. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1984.

Las tres valoraciones anteriores a la del elemento normativo o culpabilidad, han sido referidas básicamente a la conducta y a los postulados legales; en esta última, lo que más habrá de importarnos son las características del autor del comportamiento que hasta ahora sigue siendo probablemente delictuoso.

La evolución de la culpabilidad se da en forma muy marcada en la doctrina y también se encuentra íntimamente ligada a la responsabilidad y su desenvolvimiento, ya que debemos recordar que con el elemento del delito que analizamos, trata de alojarse el criterio de la responsabilidad objetiva y empieza a atenderse a lo subjetivo.

Principalmente tenemos que son tres las teorías que pretenden hacer el análisis de la culpabilidad; dos pertenecen al sistema causalista y la última al finalismo. Cada una de ellas ha venido a completar y a mejorar a la que le antecede, añadiendo nuevas consideraciones a su estructura.

Ubicados dentro del sistema causalista de la ciencia jurídico-penal, tenemos al psicologismo y al primigenio normativismo. El primero alude a un nexo psíquico entre autor y conducta y el segundo, le añade la reprochabilidad del comportamiento asumido por la persona que lo desplegó.

En el sistema finalista encontramos una nueva concepción del normativismo, que aloja a las formas de culpabilidad (dolo y culpa) de nuestro elemento y las manda a la conducta y a los elementos subjetivos del tipo, adecuando el dogma de la causalidad a la consecución de los fines del autor.

Para que podamos entender con plenitud lo que es la culpabilidad, primero en lo que puede ser considerado como la doctrina anterior a mi tesis y después, en el "sincretismo penal" que sostengo es muy necesario que nos avoquemos en este momento a su evolución teórica en los sistemas de la ciencia jurídico-penal.

Se ha tratado de profundizar en el estudio de este elemento, mas pienso que esto no podrá hacerse en forma fructífera en tanto no se conozca a ciencia cierta un concepto que sea aceptado por la mayoría de los tratadistas y se dé una estructura de la culpabilidad que sea acorde con esa concepción.

De esta resolución depende el logro de una mayor manifestación de justicia jurídica al aplicar los postulados de la ciencia jurídico penal, que es de anhelo general; ahora que, afortunadamente, ha sido superada casi en forma total la calificación de los delitos atendiendo únicamente a su aspecto objetivo.

Tanto la finalidad como la causalidad se dedican al análisis de la conducta, mas como ella resulta ser el primer elemento del delito, necesariamente sus consecuencias repercutirán en el concepto del ente jurídico y como correlario, alterarán la estructura de sus demás componentes, en particular la de la culpabilidad.

(176) LA CULPABILIDAD PSICOLÓGICA.

En un principio, la culpabilidad no conocía más forma que la mera causalidad material; una persona era declarada culpable, tomando en cuenta solamente las consecuencias que produjo su conducta activa u omisiva, sin que contaran para nada su voluntad y su intención (dolo o culpa).

Se intenta superar el principio de la responsabilidad objetiva, estructurando una teoría que toma sustento en la situación anímica que debe existir entre el sujeto que despliega la conducta voluntaria y el resultado que se ha de producir con ella, en donde además de la causalidad se pone en juego al aspecto psíquico.

Esto es que la causalidad objetiva viene a quedar atrás de los subjetivo; así el aspecto psíquico cobra una gran relevancia sobre todo aquello que es puramente material. En estos postulados encontramos la base sobre la cual descansa toda la construcción de la culpabilidad en la teoría psicológica.

En realidad, todas las teorías aportan una ventaja al sistema jurídico-penal (aunque no estamos totalmente de acuerdo con ellas); el mayor mérito que puedo reconocerle al psicologismo es el de haber diferenciado entre la voluntad de producir la conducta y la intención de causar el resultado dañoso.

(a) EL CONCEPTO.

El concepto de la culpabilidad desde el punto de vista psicológico, dominaba en la ciencia penal alemana hasta el principio del siglo en que vivimos. Casi puede afirmarse que su validez era universal y que si existieron algunas discrepancias al respecto, eran de grado y no de esencia.

En esta teoría nunca se dió una concepción unitaria del cuarto elemento del delito, se habló del dolo y de la culpa (y en algunos casos de la preterintencionalidad), como sus especies; en casi todas las definiciones psicologistas de la culpabilidad se hacía alusión a ellas.

El nombre de "psicologismo" se lo dieron los normativistas a esta teoría y a pesar de que la criticaban duramente, se sirvieron de sus criterios para elaborar su propia doctrina. A la concepción psicológica de la culpabilidad se la estructura considerando al sistema causalista de la ciencia jurídico-penal.

Según los psicologistas, la culpabilidad ocupaba el lugar del género (sin concepto propio), que podía revestir estas especies: Dolo, culpa y a veces preterintencionalidad. Mediante la comprobación de un nexo psicológico directo, indirecto o mixto, se hacía la declaración de culpable.

La relación psíquica conocía estas tres formas: Si existía de manera directa entre el autor y el resultado típico, se hablaba de dolo; cuando era indirecta se aludía a la culpa y si había una mezcla de los dos, había preterintención. En los tres casos debía comprobarse este vínculo.

La culpabilidad directa, indirecta o mixta, siempre se encontró en estrecha relación con la conducta humana voluntaria, típica y antijurídica de un sujeto imputable. La culpabilidad era un lazo de unión de naturaleza psicológica que tenía que darse entre el autor y su conducta.

BELLAVISTA, quien se avoca a esta postura, quiso dar una definición genérica al decir que la culpabilidad era: "La relación psicológica entre el agente y la acción que ocasiona el acto querido o no querido, y aunque no previsto, previsible". (1129) Habla de la intención y de la previsibilidad.

Nótese que este autor al definir a nuestro elemento del delito sigue haciendo alusión a sus especies o formas; de manera velada nos habla del dolo y de la culpa. En realidad, como había afirmado, ninguna definición psicologista podía prescindir de lo que era considerado como sus elementos.

CARRARA, (1130) con su "teoría de las fuerzas", también puede ser encuadrado en esta corriente. Para él la culpabilidad es la fuerza moral que mueve al sujeto a la acción; su contenido psicológico nos lo da la intención con la que las personas actúan. La intención es directa e indirecta y sobre ellas se apoyan el dolo y la culpa.

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

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

Para él delito es igual a un ente jurídico que se encuentra compuesto por: Conducta (fuerza material) y culpabilidad (fuerza moral). Posteriormente el ilustre maestro de Pisa deja entrever la necesidad de relacionar a la conducta con la norma y así añade un elemento más: La antijuridicidad.

(1129) BELLAVISTA. Citado por VELA TREVIÑO. Culpabilidad e Inculpabilidad. p. 20. Editorial Trillas, S.A. México. 1977.

(1130) CARRARA. Citado por NUREZ. Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad. p. XX. Editorial Depalma, S.A. Buenos Aires. 1943.

SOLER (1131) también se define en el psicologismo, aunque en una forma más evolucionada. Para construir su teoría, parte de las fuentes de la responsabilidad que, de acuerdo con **FACONNET**, (1132) designan al sujeto pasivo de la sanción y prescribe cómo es que debe ser escogido.

Para **SOLER**, el principio de la culpabilidad es una condición sine qua non para la aplicación de la pena. La culpabilidad propiamente dicha (como elemento del delito), es un problema que tiene índole psicológica: La relación indisoluble que debe existir entre un delito y su autor.

Su contenido debe quedar circunscrito a un elemento: Es el hecho psicológico que relaciona esta relación. Aparta de la culpabilidad todo aquello que no concuerda con la situación de hecho. A la imputabilidad la toma como uno de los elementos que entran en la estructura de la culpabilidad.

SOLER trata de encontrar la diferencia entre ser la causa y ser el autor del resultado. Dice que si siguieras en el aspecto objetivo y externo se permite construir a la culpabilidad sobre la base de un juicio netamente objetivo; siempre deberá de ser tomada en consideración.

En la actualidad se reconoce como única fuente de responsabilidad a la conducta voluntaria del sujeto que, irremediablemente nos conducirá a lo subjetivo. La conducta que encuentra relieve en el área jurídico-penal, siempre deberá ser analizada con relación al acto volitivo.

SOLER dice que las excluyentes de responsabilidad no forman parte del hecho psicológicamente representativo. Dolo y culpa son las especies de la culpabilidad y son las formas en que, según la ley, puede vincularse al autor con su hecho ilícito, psicológicamente, y agotan de manera total el contenido psíquico de este elemento.

En realidad a la teoría de **SOLER** bien podría llamársela "psicologismo-normativo" o bien "teoría mixta", ya que en esencia habla de dos elementos de la culpabilidad que son: 1. La relación entre el sujeto productor de un delito y el orden jurídico existente (elemento normativo). 2. El vínculo subjetivo que se da entre el autor y el resultado delictuoso producido (elemento psicológico).

Recordemos que posteriormente, el normativismo se vale de los elementos del psicologismo para construir su teoría, reconociendo en parte la postura de **SOLER** y habla de la reprochabilidad como elemento normativo de la culpabilidad, que a su vez reconoce el finalismo.

VILLALONCO dice: "La culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandamientos y prohibiciones que tienden a constituirlo y a conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición, en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o substitución del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa". (1133)

CASTELLANOS URZA da para este elemento una definición que más bien podría serlo del dolo: "La culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que une a un sujeto con el acto". (1134) Esta no puede ser una concepción genérica, dado que los elementos que menciona se cumplen en el dolo, mas no en la culpa.

ISLAS Y RAMIREZ expresan: "La culpabilidad se reduce a los dos momentos como el sujeto se vincula con el hecho ilícito, o sean: El dolo y la culpa. Dicho de otra forma: la culpabilidad se agota con el dolo y la culpa. Representan el dolo y la culpa las dos especies del género culpabilidad". (1135)

(1131) **SOLER**. La Raíz de la Culpabilidad. pp. 15 y ss. Cursillo. 30 de julio y 1 de agosto. Facultad de Ciencias Sociales. Montevideo. 1945.

(1132) **FACONNET**. Citado por **SOLER**. Op. cit. p. 15.

(1133) **VILLALONCO**. Derecho Penal Mexicano. p. 278. Editorial Porrúa. México. 1970.

(1134) **CASTELLANOS URZA**. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. p. 297. Editorial Jurídica Mexicana. México. 1965.

(1135) **ISLAS Y RAMIREZ**. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal. p. 18. Revista de Derecho Penal Contemporáneo. México. 1970.

Pienso que en el psicologismo la concepción genérica de la culpabilidad será simplemente así: "Es el vínculo psíquico que se da entre el autor de una conducta y el resultado dañoso que se produce con ella", así se prescinde de enunciar sus especies.

Entiendo que puede existir una base común para el dolo, la culpa y la preterintencionalidad: La relación que debe verificarse entre el sujeto y el resultado típico y antijurídico que se ha de producir con su acción u omisión voluntarias. Esta relación se funda en un nexo psicológico y de él recibe su nombre la teoría en estudio.

La culpabilidad en el psicologismo es: La realización de un comportamiento activo u omisivo, cuando se dirige la intención a la conducta y al resultado; sólo a la conducta, aceptando el resultado si se produce, o a la conducta y a un resultado, cuando forzosamente se ha de producir otro que se acepta (dolosa).

O cuando se obra con imprevisión de un resultado fácilmente previsible, o que se prevé con la esperanza de que no ha de realizarse, o bien se estima que podrá evitárselo, subestimando las leyes de la causalidad; eso sí en ambos casos se viola un deber general de cuidado que personalmente le incumbía al autor (culposa).

O bien, cuando se quiere la conducta y un resultado menor y se produce otro mayor, que sí es fácilmente previsible o que se prevé con la esperanza de que no se realizará o se cree que podrá evitarse (preterintencionalidad, suma o mezcla de dolo y culpa).

Por último, en el psicologismo existe una hipótesis en la que no se da la culpabilidad (no hay dolo ni culpa), aunque tampoco se presenta la inculpabilidad, pese a que constituye un supuesto de "no delicto". Es decir, que estoy haciendo referencia a lo que ha sido reconocido como el límite de la culpa y de la culpabilidad.

El caso fortuito ha sido definido por los autores como "la no previsión de lo imprevisible" y al momento de hablarse de la no previsibilidad de las consecuencias de la conducta, se está limitando la actuación culposa, en donde los resultados pueden ser o no previstos, aunque siempre previsible.

El caso fortuito puede ser considerado así: Hay casos cuando el sujeto quiere realizar la conducta aunque no el resultado, el cual deberá ser imprevisible, tomando como referencia la previsibilidad que puede tener una persona común y corriente; en este supuesto intervienen las fuerzas naturales, animales o humanas.

En síntesis, habrá culpabilidad en la teoría psicológica cuando se logre establecer una relación entre el agente y el resultado delictuoso, con base en características psicológicas, si se ha comprobado que éste desplegó una conducta típica y antijurídica y además, es imputable.

(b) LA ESTRUCTURA.

Para poder calificar de culpable al autor de una conducta desde el punto de vista de los psicologistas, siempre deberá existir como presupuesto la antijuridicidad y el juicio de valoración se hará con base en la voluntad e intención de un sujeto imputable (con capacidad de querer y entender).

Hablar de la construcción que el psicologismo le da a la culpabilidad, es una tarea que resulta muy sencilla. Se determinó que en esta estructura se comprendían solamente dos presupuestos: La antijuridicidad y la imputabilidad en sentido estricto, y como elementos del elemento, se mencionó a las formas que podía asumir.

En algunas de las opiniones psicologista fueron tratadas tres especies: Dolo, culpa y preterintencionalidad. Otros pensamientos solamente consideraron a las dos primeras y a la última la consideraban como una de las formas que podía asumir el dolo y así, se habló de un dolo ultraintencional.

El ámbito de la culpabilidad se desenvuelve en el vínculo de carácter psicologista que une al sujeto con su conducta. La antijuridicidad y la imputabilidad, a su vez, son elementos del delito y quisiérase o no siempre serán presupuestos de la culpabilidad atendiendo al orden lógico jurídico que se da entre ellos.

Por cuanto hace a la antijuridicidad desde el punto de vista psicológico, no hay mayor problema puesto que nos sirven para explicarla todos los postulados básicos que dimos al hablar de su teoría general. (1136) Es el elemento inmediato posterior a la tipicidad e inmediato anterior a la imputabilidad. (1137)

En cuanto a la imputabilidad, se la definió como la capacidad de querer y entender; es decir, la posibilidad de obrar en forma dolosa, atendiendo a que en el dolo se reúnen los elementos emocional o volitivo (querer) e intelectual o cognoscitivo (entender) y se dijo que sólo el imputable podía actuar dolosamente.

Insistamente, la concepción psicológica de la culpabilidad reconoció que los elementos de la culpabilidad eran el dolo y la culpa (y a veces la preterintención). (1138) ISLAS y RAMÍREZ nos dicen: "No hay más contenido en la culpabilidad. Por ello, el dolo y la culpa son dos especies de aquélla". (1139)

(c) LA INCULPABILIDAD.

Si en la teoría psicológica de la culpabilidad se habla de un nexo psíquico que une al sujeto con los resultados que son producto de su conducta voluntaria, para que exista nuestro elemento, de entrada podemos decir que hay inculpabilidad cuando a las autoridades les sea imposible llegar a establecer esa relación.

Para la culpabilidad, se requiere por una parte que la intención vaya dirigida a la conducta y al resultado y así se dará el dolo como forma culpable. Por otro lado, si la intención se avoca únicamente al comportamiento y si como consecuencia de la violación de un deber de cuidado se causa un daño, se hablará de la culpa.

En algunos casos, se ha aludido a la preterintención como una suma del dolo y de la culpa, el primero en el inicio y la segunda, en el final, con respecto a un resultado menor y otro mayor. Entonces diré que habrá inculpabilidad, en aquellos supuestos en que no se dé el dolo, la culpa o la preterintención.

El psicologismo ordinariamente reconoció como causas para excluir a la culpabilidad, a todos aquellos supuestos en los que se anulara alguno de los elementos constitutivos del dolo, a saber: El cognoscitivo o intelectual (entender) o el emocional o volitivo (querer).

Si en la culpa inconsciente no puede llegar a establecerse un nexo psíquico por la falta del elemento intelectual y la presencia del elemento volitivo en forma incompleta, notamos que aquí no puede hablarse de inculpabilidad, sea o no originada por el error y a lo más debe aludirse al límite de la culpa y de la culpabilidad.

Las causas por las que desaparecía el elemento volitivo del dolo, jamás fueron explicadas en forma amplia por los psicologistas y únicamente se habló de la coacción. Tal vez esto se originó por el hecho de que en el psicologismo se estimaba que en la coacción también se incluía a la voluntad y allí se analizaba su aspecto negativo.

En cambio, si se expuso en forma exhaustiva lo relativo al error como hipótesis de exculpación, al talar el elemento intelectual, cognoscitivo o ético del dolo, con las siguientes modalidades: Error de hecho, error de licitud y error de derecho. (1140)

(1136) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Tercero. La Teoría General del Elemento Valorativo.

(1137) Esto es en la concepción tradicionalista, que de ordinario reconoce la existencia de siete elementos del delito: Conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de punibilidad y punibilidad.

(1138) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Cuarto. Inciso (A). La Teoría Tradicional.

(1139) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Cuarto. Inciso (A). Número (174). El Límite de la Culpabilidad.

(1140) Cfr. MEDINA HERNÁNDEZ. Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), pp. 140 y ss. Tesis de Licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de México. 1984.

La inculpabilidad por error se funda en el hecho de que un individuo perfectamente capaz para responder en calidad de culpable (imputable), actúa en contra de las prescripciones legales, mas su conducta se encuentra exculpada a virtud de un falso conocimiento o total desconocimiento de una situación.

El error exculpante debe ser de naturaleza invencible y versar sobre:

- a) El conocimiento de que se realizan elementos propios de la descripción típica (error de hecho).
- b) El conocimiento de la realidad fáctica en el momento de la comisión de la conducta (error de licitud).
- c) El conocimiento de la realidad jurídico-penal o extrapenal que regula ese comportamiento (error de licitud).
- d) El conocimiento del significado antijurídico de la conducta que se realiza (error de Derecho).

El error tiene el poder de evitar que llegue a formarse el elemento intelectual o cognoscitivo del dolo (entendimiento), en los casos en que se refiera a la esencia del delito y sea de naturaleza invencible, al faltar el conocimiento de la significación antijurídica de la conducta (formal o material).

Quando el error pudo haber sido vencido al poner un poco más de diligencia al actuar, atendiendo siempre a las peculiaridades del sujeto y a las circunstancias, o bien sea de carácter accidental, el resultado le será imputable al autor a título de culpa, en el supuesto de que el delito acepte esa forma de comisión.

Con fines didácticos, cabe hacer la diferencia entre el falso conocimiento o conocimiento viciado y el desconocimiento total o ignorancia. Se dice que el error es el falso conocimiento que se tiene sobre una situación que posee un matiz positivo y objetivo; presupone un conocimiento de la situación sobre la cual recae la falsedad.

La ignorancia, en cambio, viene a significar el total desconocimiento y nos lleva a otra de las formas del error; tiene un tinte negativo y subjetivo, no requiere de ese conocimiento, sino que la ausencia de éste es la que le da su esencia.

Esta diferenciación se hace tan sólo por lo que respecta al aspecto psicológico, mas en las legislaciones el conocimiento y el falso conocimiento se unen en una sola expresión: Error. En la práctica, el juzgador debería distinguir y precisar si la causa de inculpabilidad se basa en el falso conocimiento o en el desconocimiento.

VON SAVIGNI (1141) manifiesta que en todo caso el error encuentra su origen en la ignorancia y que por tal motivo, no debe estudiarse el falso conocimiento o el desconocimiento, porque los dos son idénticos, sino tal sólo el error, en sus términos generales y en sus mismos efectos.

En el ámbito de la materia punitiva SAVIGNI (1142) bifurca al error así:

1. Error de hecho o facti, que funciona sobre los hechos jurídicos, sobre las condiciones que se exigen para aplicar la norma de derecho (calidades físicas).
2. Error de Derecho o juris, que versa sobre la regla de Derecho, sobre el derecho objetivo (calidades jurídicas).

(1141) VON SAVIGNI citado por JIMENEZ DE ASUA, Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. p. 396. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1958.

(1142) "Esta doble naturaleza del error se haya establecida en las legislaciones penales contemporáneas y es recibida por Carrara y la mayoría de los penalistas". JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. p. 392 y ss. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1980.

• Esta clasificación se hizo atendiendo al elemento sobre el cual recaerá u operará el error; las hipótesis encuentran su basamento jurídico desde el Derecho Romano.

El error en la disciplina penal tiene los efectos de eximir a la culpabilidad y con ello resulta ocioso analizar la responsabilidad, desde el dolo sin esencia porque falta en él el elemento intelectual o cognoscitivo (conocer), que abarca lo que en la doctrina ha sido denominado como "consciencia de la antijuridicidad".

Si el error es de naturaleza esencial e invencible, tiene tal poder; mas si es accidental o vencible, dejará que el dolo surta sus efectos en el primer supuesto. En el segundo caso, las consecuencias se imputarán a título de culpa, si el delito acepta esa forma de culpabilidad en su comisión.

(177) LA CULPABILIDAD NEGATIVA CAUSALISTA.

Dejar que nuestro elemento fuera por los siglos de los siglos tratado desde el punto de vista de los psicologistas, era negarle a la ciencia jurídico-penal una de sus características más relevantes: La de ser una materia dinámica que se encuentra siempre en constante evolución, tendiendo hacia el perfeccionamiento.

Ciertamente que la culpabilidad no podía ni debía quedar agotada mediante la exigencia de la comprobación de un nexo psicológico, ya que el ser humano no solamente debe ser considerado como culpable cuando ha manifestado su voluntad hacia la comisión de un comportamiento considerado como delictuoso.

Fue entonces cuando el psicologismo se vió precisado a abdicar de su reinado en la culpabilidad a favor del normativismo, máxime que hacíase necesario darle una resolución a todos los problemas que se habían suscitado.

A mi juicio, el normativismo tal y como surgió a principios de este siglo, estructurado desde el punto de vista de la causalidad, no es sino un complemento de la teoría psicológica de la culpabilidad y no llega a superar todas sus fallas. Diganos que el normativismo causalista no es sino una versión corregida y aumentada de la doctrina de los psicologistas.

(a) EL CONCEPTO.

Es mérito de FRANK haber elaborado las bases entre las cuales encontró sustento la teoría normativa (causalista y finalista). En el año de 1907 publicó en Alemania su libro "Über den Aufbau des Schuldbegriffs" (Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad). Da la pauta a autores como GOLD-SCHMIDT Y FREUDENHIAL, entre otros.

El normativismo no se opone en forma abierta al psicologismo; es más, de él toma sus bases, aunque añadiéndole a la estructura de la culpabilidad el juicio de reproche, de evidente carácter normativo, del cual toma su nombre la teoría de la cual nos ocuparemos de analizar en este inciso.

Al dolo y a la culpa sigue considerándose dentro de la culpabilidad y a ésta la emmarca en la reprochabilidad que puede hacerse al autor imputable en una conducta típica y antijurídica, que obviamente va en contra de las prohibiciones o prescripciones de las normas jurídico-penales.

Se considera que entre el sujeto y el resultado delictuoso, que puede revestir un carácter puramente jurídico o jurídico y material, debe existir un nexo con tintes psicológicos: La intención, vínculo que será valorado con base en elementos normativos o éticos, para determinar si al sujeto podría reprochársele su actuación.

Para reafirmar lo anterior, recurrimos a VELA TRIVIÑO, quien dice: "La culpabilidad está plenamente imbuída de un contenido psicológico, puesto que constituye el elemento de naturaleza subjetiva del delito, por el cual se establece la vinculación entre un resultado típico y antijurídico y una conducta que como tal, tiene la manifestación de voluntad especial del sujeto.

Sin embargo, la culpabilidad no agota su concepto por esta simple vinculación de orden psicológico, sino que requiere, además, que entren en juego elementos normativos que serán debidamente valorados para determinar si en cada caso particular, puede reprocharse al sujeto haber guiado su conducta en forma diferente y, sobre todo, si legalmente le era exigible un comportamiento distinto al que realizó". (1143)

En verdad, apoyarse en la teoría psicológica para resolver el problema de la culpabilidad, implicaba varias fallas; las cuales se trata de superar con el normativismo en su primigenia expresión, que se vale de los dogmas de la causalidad.

Concretamente, la culpabilidad normativa es un juicio de valoración que está referido al hecho psíquico; es una referencia que se hace con basamento en factores normativos o éticos, para atribuirle al autor una motivación reprochable, cuando estuvo en posibilidad concreta de que se le exigiera una conducta acorde a la norma.

En 1907, FRANK inicia la teoría normativa de la culpabilidad, de corte causalista; nos dice que surge como la responsabilidad que tiene el autor por las acciones antijurídicas que ha realizado. No es solamente la relación que existe entre la conducta y el ordenamiento jurídico, sino algo más.

La culpabilidad es, además, el reproche personal contra el autor, por no haber desplegado u omitido esa acción antijurídica; el agente, al actuar, debió haber estado las exigencias de la norma jurídica. Cuando podía haberse motivado de acuerdo a sus postulados, se le reprochará su actuación; en esto radica la esencia del normativismo.

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

El propio FRANK, con el transcurso de los años, hacía modificaciones a su pensamiento; así, en el texto de 1907 hablaba de la culpabilidad como "reprochabilidad" y tomaba como sus presupuestos de la imputabilidad, al dolo o a la culpa y al estado de normalidad de las "circunstancias concomitantes" bajo las cuales el autor obra.

Para 1911 FRANK sustituye las "circunstancias concomitantes normales" con la "motivación normal". En 1924-26 trata de la "libertad" o del "dominio del hecho". En fin, hacia 1929 la culpabilidad es: "Reprochabilidad de una conducta antijurídica según libertad, fin y significado conocido o cognoscible". (1144)

Analicemos el pensamiento de FRANK expuesto en 1907; al hablar de las "circunstancias concomitantes", nos dice que sirven para agravar o atenuar la culpabilidad. Considero que la culpabilidad no es susceptible de ser graduada ni en el normativismo; se valora al dolo, a la culpa, a la exigibilidad y al reproche.

Los elementos de la culpabilidad (cualquiera que sea su concepción) si son susceptibles de aceptar una graduación. Mas la culpabilidad (psicológica, normativa causalista o normativa finalista) no admite matices, no es susceptible de tener oscilaciones, se es o no culpable, no existe el menos culpable.

Las circunstancias concomitantes y los motivos determinantes sirven para fundamentar a la exigibilidad y a la reprochabilidad, respectivamente y también influyen en la individualización y en la imposición de las sanciones penales, pero no son parámetros para la graduación de la culpabilidad, ésta no tiene grados.

(1143) VELA TREVINO. Culpabilidad e Inculpabilidad. p. 25. Editorial Trillas, S.A. México. 1977.

(1144) FRANK referido por GOLDSCHMIDT. La Concepción Normativa de la Culpabilidad. p. 4. Editorial Depalma, S.A. Buenos Aires. 1943.

Asimismo, se dice que las legislaciones establecen un patrón para medir la culpabilidad; considero que es para medir el reproche. La culpabilidad es igual a la reprochabilidad (pienso que no, que se concreta en ella); esto a su vez es síntesis de: Imputabilidad, dolo o culpa y circunstancias concomitantes.

FRANK nos dice: "Un comportamiento prohibido puede ser imputado a alguien como culpable cuando le podemos hacer un reproche por haberlo asumido" (1145) En mi concepto, la culpabilidad normativa causalista es la suma de la imputabilidad, más dolo o culpa, más exigibilidad, más reprochabilidad.

Para fundamentar el reproche, se nos muestran tres aspectos: a) Actitud espiritual normal del autor (imputabilidad); b) Posible o concreta relación psíquica del agente con el hecho en cuestión (culpa o dolo); c) Normalidad de las circunstancias concomitantes bajo las cuales la persona obra (exigibilidad).

El mismo autor nos define al dolo en los siguientes términos: "Conocimiento de las circunstancias del hecho que pertenecen al tatbestand legal o que agravan la penalidad, concomitantes a la actuación voluntaria". (1146) El dolo es el conocimiento de la circunstancias concomitantes a la acción.

En el aspecto negativo de la culpabilidad FRANK habla del error de hecho como causa de exclusión; porque éste es una circunstancia negativa del tatbestand. Dice que "el dolo queda excluido y cuando mucho podrá plantearse la cuestión de la imprudencia". (1147) Hay imprudencia cuando con la debida diligencia podría haberse evitado el error.

Entre los autores normativistas (en su enfoque causal) destacan, además de FRANK (Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad); GOLDSCHEIDT (La Concepción Normativa de la Culpabilidad), FREUNDLICH (Culpa y Reproche), MEZGER (Tratado de Derecho Penal); y SCHMIDT (Lehrbuch), quienes tratan de perfeccionar la teoría.

Para GOLDSCHMIDT, (1148) la culpabilidad se construye con la imputabilidad, el dolo o la culpa y la motivación normal, que no son elementos como creyó el psicologismo, sino que ocupan un sitio más apropiado, que es el de presupuestos. El dolo y la culpa son los grados de la culpabilidad y no sus especies.

La culpabilidad no puede ser otra cosa más que el reproche de una conducta típica y antijurídica. GOLDSCHMIDT distingue entre las normas de derecho y la norma de deber, ésta última es la que viene a fundamentar a la culpabilidad. (1149) La norma de deber nos dirá en qué casos la conducta es exigible y reprochable. (1150)

Las normas de deber son aportadas a la ciencia jurídico-penal por GOLDSCHMIDT, representante egregio de los normativistas. Constituye el sustento de la causa de inculpabilidad denominada "no exigibilidad de otra conducta". En la no exigibilidad existe una colisión entre normas (jurídicas y fácticas). (1151)

Las normas de deber son hipótesis que no llegan a reunir las condiciones que establece la ley para justificar una conducta, o bien que el ordenamiento penal no ha previsto dentro de sus normas justificativas, por este motivo no anulan la calidad de antijurídico del comportamiento asumido.

(1145) FRANK. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. p. 25. Editorial Universitaria, S.A. Santiago. 1955.

(1146) FRANK. Op. cit., p. 21.

(1147) FRANK. Op. cit. p. 43. Editorial Universitaria. Santiago. 1965.

(1148) GOLDSCHMIDT. La Concepción Normativa de la Culpabilidad. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1943.

(1149) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Tercero. Inizio (B). Número 151). La Contrariedad al Deber Ser. (h) Las Normas de Deber.

(1150) Así como la norma jurídica (de Derecho) nos indica en qué casos la conducta es antijurídica, señalando los requisitos para justificarla.

(1151) Cfr. MEDINA HERNÁNDEZ. La Antijuridicidad. Problema Capital del Derecho. pp. 10 y ss. Trabajo de Investigación. Concurso Internacional de Investigación Jurídico-Penal del Estado de Durango. México. 1984.

Hacen desaparecer la culpabilidad del autor de una conducta típica y antijurídica (entendida siempre como reprochabilidad). El comportamiento del hombre no es culpable, ya que no podía exigírsele que obrara de otra manera, puesto que en las mismas circunstancias cualquier persona habría obrado igual. (1152)

ISLAS y RAMÍREZ razonan: "La norma de Derecho es el fundamento del injusto, y la norma de deber es el fundamento de la culpabilidad. La norma de Derecho exige al sujeto una determinada conducta externa. La norma de Derecho, impone al individuo el deber de conformar su conducta interna a lo que exige la norma de Derecho respecto a su conducta exterior". (1153)

FREUDENHVAL, cuando nos habla de la culpabilidad considera a la imputabilidad, al dolo o a la culpa, y a la ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad, tal y como lo hacen GOLDSCHMIDT y FRANK, y completa la idea de la exigibilidad, añadiéndole el actuar adecuado a Derecho. (1154)

"Este autor, nos dicen ISLAS y RAMÍREZ, no se limita, sin embargo, a reproducir las tesis de Frank y de Goldschmidt, sino que procura unificar todos los casos en los que, a pesar de la existencia del dolo o de la culpa, se suprime el reproche de la culpabilidad", (1155) que son las causas especiales de exclusión.

MEZGER piensa que "la culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece, por ello, como la expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente". (1156)

El conjunto de presupuestos a que hace referencia este autor, son aquellos que se hacen necesarios para que la acción típica y antijurídica sea penada como culpable, y a la vez fundamentan a la culpabilidad. Son: 1. Una determinada situación de hecho, que siempre aparece como psicológica; 2. Un juicio de valoración sobre la situación fáctica de la culpabilidad.

Los psicólogos declaran que el delito como ente jurídico-penal es una infracción; por este motivo los normativistas, en especial nuestro autor en comentario, sienten la necesidad de desarrollar los elementos del delito, considerándolo como una infracción a la ley.

MEZGER estima que la culpabilidad es una situación de hecho, a la que se valora sobre reglas morales. Tiene como punto de partida esa situación, que en sus orígenes es psicológica y vive en el interior del sujeto. La situación de hecho se eleva a la categoría de culpabilidad, mediante el proceso que se sigue en el juicio de valoración a que la somete el juzgador, quien al final la considerará como una motivación reprochable al autor.

El mismo tratadista concluye: "La culpabilidad no es, por tanto, sólo una situación de hecho de la culpabilidad, sino esa situación de hecho como objeto del reproche de culpabilidad. En una palabra culpabilidad es reprochabilidad". (1157)

El juicio de reproche encuentra su apoyo en una "norma subjetiva de determinación", que a su vez se deriva de la norma de Derecho. Entonces la norma de Derecho tiene dos aspectos: Es una "norma de valoración de la conducta" de todos los hombres y servirá para determinar lo que es injusto.

(1152) Lógicamente, la norma de deber sólo funciona en los casos en que la culpabilidad esté relacionada con la exigibilidad y la reprochabilidad. Nos sirve para determinar en que casos le es exigible al sujeto un actuar que se conforme a los parámetros jurídicos.

(1153) ISLAS y RAMÍREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal.

p. 28. Revista de Derecho Penal Contemporáneo. México. 1970.

(1154) FREUDENHVAL citado por ISLAS y RAMÍREZ. Op. cit., p. 28

(1155) Idem.

(1156) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 10. Editorial Revista de Derecho Privado. México. 1957.

(1157) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 12. Editorial Revista de Derecho Privado. México. 1957.

Por el otro lado, como "norma de deber", la "norma subjetiva de determinación", implica la culpabilidad y se dirige en forma especial a un autor. La culpabilidad implica la individualización, frente a la generalización, tomando primordial importancia lo particular sobre lo general.

Habla de la referencia que existe en el juicio de culpabilidad y el acto de voluntad del sujeto, sus motivos y toda su personalidad. Así, la culpabilidad tiene como elementos, los siguientes: El acto de voluntad del agente, el dolo o la culpa, la imputabilidad y la no existencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

Mas con todos los postulados de MEZGER, no se llega a probar que la culpabilidad sea solamente reprochabilidad y así nos demuestra que nada más se da un pequeño paso hacia el normativismo. Para que la culpabilidad sea sólo reprochabilidad se necesita, al decir de NUREZ, despojarla de sus elementos (imputabilidad y dolo o culpa). (1158)

(b) LA ESTRUCTURA.

De todo lo que he expuesto con anterioridad, podríamos decir que los elementos que integran a la culpabilidad desde el punto de vista del normativismo que atiende a la causalidad son: 1. Imputabilidad; 2. Dolo o culpa; 3. Exigibilidad. FREUDENHALL anada a ellos la "ausencia de causas especiales de exclusión de la culpabilidad".

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

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

autor. (1159)

Para explicar lo relativo al dolo y a la culpa en el normativismo causalista, bien podemos valerlos de lo que fue desarrollado en los lineamientos de la teoría tradicional de la culpabilidad. (1160) Quedando pendiente nada más lo referente a la imputabilidad.

GOLDSCHMIDT considera que en los casos de inimputabilidad no se dan las causas de exculpación, "pues la imputabilidad es a la culpabilidad, lo que la voluntariedad es para la antijuridicidad". (1161) Estima que los sujetos inimputables no pueden ser destinatarios de la ley penal, tal como no lo son los animales.

En mi concepto, la opinión de GOLDSCHMIDT dista mucho de ser cierta, dado que las normas que integran el catálogo jurídico-penal y al sistema en términos generales, han sido elaboradas para que las observen todos los sujetos imputables o no, y únicamente se distingue por cuanto hace a su aplicación. (1162)

(1158) Los elementos de hecho de la culpabilidad, aclara NUREZ, sólo son presupuestos de la culpabilidad, porque sobre ellos descansa el ((poder)) (de actuar de conformidad al deber jurídico) que presupone la exigibilidad". Tratado de Derecho Penal, parágrafo 33. Citado en MEDINA HERNANDEZ. Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), pp. 99-100. Tesis de Licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.

(1159) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, p. 13. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957.

(1160) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Cuarto. Inciso (A) La Teoría Tradicional.

(1161) GOLDSCHMIDT. La Concepción Normativa de la Culpabilidad. p. 24. Editorial Depalma. S.A., Buenos Aires. 1943.

(1162) SUPRA. Sección Primera. Inciso (D) Número 63. El Destinatario de la Ley Penal.

REYES distingue entre imputar, imputación e imputabilidad. (1163) Nos dice: "Imputabilidad en sentido gramatical es una calidad de lo imputable, pero en sentido jurídico es una condición de la persona frente al Derecho penal de la cual se derivan determinadas consecuencias". (1164)

Tradicionalmente, la imputabilidad fue concebida como la capacidad de querer y entender, ligada a la libertad moral y a la inteligencia y en contrapunto se propugna la inimputabilidad como una esfera que escapa del ámbito de la regulación del ordenamiento jurídico-penal. (1165)

Con matices más modernos, se ha considerado que la imputabilidad es la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y determinarse de acuerdo con esa comprensión y se la tiene como uno de los presupuestos de la culpabilidad que, a la vez, entra en el cuadro de sus elementos (1166)

La exigibilidad se basa en una potencialidad de exigirle al autor una conducta que sea acorde con los postulados jurídicos. De la suma de la exigibilidad, el dolo o la culpa y la imputabilidad ha de resultar la reprochabilidad (culpabilidad). Esta es una característica típica de la teoría normativa causalista.

La culpabilidad basada en el normativismo causalista, incluye al deber ser; sobre éste descansan la exigibilidad y el reproche. Estos nacen concomitantemente; en la medida en que la conducta es exigible, se le reprocha al sujeto su actuación típica y antijurídica. En el juicio de reproche serán analizados todos los elementos de la culpabilidad.

Los fundamentos de la exigibilidad emanan del espíritu de protección que rige a todo el ordenamiento jurídico-penal. La exigibilidad lo mismo puede estar contenida en una norma de naturaleza punitiva, que en la disposición de cualesquier otro de los ordenamientos que integran al sistema.

La exigibilidad es deber, la reprochabilidad se traduce en poder. La conducta es exigible cuando se debe obrar en determinada forma y se le reprocha cuando además de que se debía actuar así también se podía. Con base en la exigibilidad se fundamenta a la reprochabilidad.

Una conducta es reprochable cuando el sujeto pudo y debió haber actuado conforme al espíritu que orienta a las normas del sistema jurídico. La posibilidad de actuar acatando las disposiciones de los ordenamientos, va en relación con la capacidad de comprender que posee cada uno de los sujetos.

Así, se llega a hacer la afirmación de que no podría fundamentarse un juicio de reprochabilidad de igual magnitud a un autor imputable que a otro con imputabilidad disminuida y, asimismo, como se habla de graduación en el reproche, también se dice que la culpabilidad es susceptible de graduación.

Cuando se comprueba que el agente era imputable (aunque sea disminuido), que actuó dolosa o culposamente y que le era exigible un actuar adecuado a los parámetros jurídicos; se procede a fundamentarle un juicio de reproche, que terminará declarando su calidad de culpable.

"Existe exigibilidad, cuando al autor de una conducta típica y antijurídica le era posible actuar conforme al Derecho, en atención a las circunstancias concurrentes o concomitantes en el delito. La exigibilidad tiene como presupuesto una norma de Derecho, la cual se encarga de tutelar el valor jurídico". (1167)

(1163) REYES. "Imputar, según la concepción tradicional, es (poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien)". "Imputación es aquella operación mental que consiste en atribuir una determinada consecuencia jurídica a un hecho o situación condicionante)". *Derecho Penal. Parte General.* p. 239-240. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 1984.

(1164) REYES. *Op. cit.* p. 239-240.

(1165) La capacidad de querer y entender fue tratada en líneas anteriores y posteriormente hablaremos de los problemas relacionados con el libre albedrío. SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (C) Número (89). *La Voluntad Simple y (90). La Voluntad Completa.* SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Cuarto. Inciso (C) Número (185) *Libre Albedrío o Determinismo?*

(1166) Tal y como sucede en el normativismo causalista y en el normativismo finalista.

(1167) MEDINA HERNANDEZ. *Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo.* (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), p. 102. Tesis de Licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de México. 1984.

Es muy cierto que las normas en su mayoría, si no es que en todos los casos, no nos dicen cuál es el modo correcto de actuar al cual tiene que ceñirse el individuo, aunque no es necesario que lo contrungan creo yo, porque por algo existe el proceso de la interpretación de las normas jurídicas. (1168)

Baste con decir que las normas son tan sólo objetivas y que, para su aplicación, el juzgador debe basarse en un proceso subjetivo de interpretación, tomada en cuenta su grado de cultura y un conocimiento profundo de la hermenéutica jurídica. La única interpretación válida es la teleológica. (1169)

La exigibilidad se funda en el respeto que todo hombre, como parte que integra una sociedad, le debe al orden jurídico, que está tutelando el bien no sólo de uno sino de todos los individuos. A cada ciudadano, las leyes les imponen y reconocen obligaciones y derechos; debe respetar bienes jurídicos ajenos, para que le respeten los suyos.

Alondaré en lo referente a la exigibilidad, cuando exponga lo que propiamente constituye mi teoría del elemento regulador o culpabilidad. (1170) Ahora nos debemos avocar al estudio de sus aspectos negativos en el normativismo causalista.

(c) LA INCOLPABILIDAD.

Para la teoría normativa causalista de la culpabilidad, los elementos que la estructuran son: a) Inimputabilidad, b) Dolo o culpa, c) Exigibilidad. Estos tres componentes deben existir en el caso concreto para formular el juicio de reproche y haber respondido al autor de la conducta típica y antijurídica.

Hay ocasiones en que a pesar de que la conducta es típica y antijurídica al sujeto, no puede reprochársele su comportamiento, atento a la situación en que se encontraba en el momento de actuar que impide que le sea exigible una conducta diversa a la que desplegó; es, entonces, cuando podemos hablar de la inculpabilidad.

Básicamente las hipótesis de exclusión de la culpabilidad en el pensamiento normativo son las mismas que ha reconocido el psicologismo, por cuanto hace al error y sus modalidades y a la coacción. (1171) Mas se acepta que hay otros motivos que son la inimputabilidad y la no exigibilidad de otra conducta.

En realidad, si los doctrinarios que se afilian a esta teoría consideran que la culpabilidad se limita a dolo o culpa reprochables, en virtud de que al sujeto no podía exigírsele una conducta diversa de las causas de inculpabilidad, sobresalen todas aquellas situaciones, no de exigibilidad, que anulan el reproche.

Es indudable que en la posición normativa, al introducir la exigibilidad y la reprochabilidad en nuestro elemento, se vienen a soslayar algunos errores en los que incurría el psicologismo, principalmente en el aspecto negativo. Analicemos los motivos de exculpación en forma somera.

La inimputabilidad es el primer motivo exculpatorio que reconoce el normativismo causalista. Al considerar que la inimputabilidad es uno de los componentes de la culpabilidad, necesariamente tenemos que afirmar que en el caso de que no llegue a darse, habrá inculpabilidad como hipótesis de no delito.

Tradicionalmente, se ha difundido la concepción de considerar a la inimputabilidad como la capacidad de querer y entender. La primera se precisa que vaya dirigida hacia la realización de la conducta (sin que llegue a confundirse con la voluntad del elemento material y la de la culpabilidad).

(1168) SUPRA. Sección Primera. Inciso (E) Número (56) La Interpretación de la Ley Penal.

(1169) Precisamente, porque la teleología consiste en buscar la finalidad, en este caso de las normas jurídico-penales.

(1170) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Cuarto. Inciso (C) Número (187) La Exigibilidad.

(1171) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Cuarto. Inciso (B) Número (176) La Culpabilidad Psicológica. (c) La Inculpabilidad.

La capacidad de entender, en cambio, se avoca a los resultados dañosos que son producidos por el comportamiento voluntario e intencional (doloso) o imprudente (culposo), ya que el sujeto, además de actuar voluntariamente, debe hacerlo con un querer especial y debe comprender los alcances de su comportamiento.

Se distingue el elemento volitivo de la imputabilidad de aquéllos de que se percibe en la conducta y en la culpabilidad, en que en estos últimos casos, el querer es en acto y en el primero en potencia o capacidad de actuar en una forma que también debe ser comprendida (querer y entender).

El sujeto imputable, capaz de querer y entender, quiere desplegar la acción u omisión y entiende las consecuencias que de ella derivarán. Esto quiere decir que según el normativismo, sólo el imputable es capaz de realizar acciones dolosas, habida cuenta de que el dolo se integra con esos elementos.

El aspecto negativo de la imputabilidad lo será la inimputabilidad, que vendría a ser la incapacidad de querer y entender. Concepción que no comparto, porque significaría aceptar que en los sujetos afectados en su esfera mental falta el querer en atención a una capacidad volitiva.

Considero que tanto los imputables como los inimputables tienen esa capacidad de querer y que son plenamente capaces de externar procesos volitivos, por ende dolosos. (1172) En las personas inimputables, falta la capacidad de comprender la relevancia de las conductas que realizan, únicamente.

La teoría normativa exige que tanto el dolo como la culpa sean dirigidos a la conducta y al resultado o a la conducta nada más, con libertad absoluta; es decir, que el sujeto que actúe lo haga con una voluntad libre de vicios, requieren que el autor tenga una motivación normal.

Toda la base de la inculpabilidad en esta postura, radica en la reprochabilidad de la conducta, por tal motivo habrá inculpabilidad o exculpación, cuando no pueda reprochársele su actuación al sujeto, porque carece de capacidad para responder en el juicio de reprochabilidad.

GOLDSCHMIDT nos dice: "Y desde el punto de vista de ésta (la ley), ya la inimputabilidad y en todo caso la (motivación normal), constituyen siempre una excepción de reprochabilidad de una conducta dolosa o culposa conminada con pena". (1173) Si exceptúa la reprochabilidad, borra la culpabilidad.

Es interesante adentrarnos en el estudio de la inimputabilidad como exculpante, porque en el normativismo causalista existen pensamientos dispares con relación a ella: Se la reconoce por una lado y se la niega, por el otro, como una de las causas de inculpabilidad coexculpantes.

El mismo GOLDSCHMIDT le niega ese carácter, al asestar: "Y así como el ser empujado por una fuerza física irresistible (parágrafo 52 CPA) no constituye una causa de justificación, la inimputabilidad no es causa de exculpación. El inimputable no es desde un principio, el destinatario de las normas del deber ser". (1174)

Como he repetido, discrepo de esta opinión, ya que considero que las normas del deber ser jurídico son hechas para todo el género humano y no se distingue más que en su aplicación. Mas se trata de exponer el pensamiento de los normativistas y de ordinario se considera que la inimputabilidad origina una exculpante.

Doctrinariamente, se ha reconocido que son inimputables: Los menores de edad (con criterio oscilante), los sordomudos de nacimiento (deben ser los no educados) y en general, todas las personas que padezcan alguna anomalía mental que les impida conocer el carácter ilícito de su conducta.

(1172) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (C) Número (89) La Voluntad Simple.

(1173) GOLDSCHMIDT. La Concepción Normativa de la Culpabilidad. p. 24. Editorial Depalma. S.A., Buenos Aires. 1943.

(1174) GOLDSCHMIDT. Op. cit. p. 30.

Queda a salvo de las inculpabilidades, la incapacidad provocada dolosa o culposamente por el sujeto activo, o sea, lo que en la doctrina general del delito ha sido denominado "actio liberae in causa" (conducta libre en su causa). (1175) La inimputabilidad es excluyente cuando la incapacidad no se daba a dolo o a culpa. (1176)

Por cuanto hace al error, este fenómeno puede ser explicado prácticamente bajo los mismos parámetros que marca la teoría psicológica de la culpabilidad, con algunas pequeñas variantes. (1177) El error es uno de los motivos por los cuales en la teoría normativa se anula el reproche. (1178)

El normativismo causalista reconoce las siguientes clases de error: 1. Error de tipo, 2. Error de hecho, 3. Error de licitud, 4. Error de Derecho, los cuales deben reunir las características de ser esenciales e inevitables. Si es inescencial, deja subsistente al dolo y si fuere vencible, da lugar a la culpa. (1179)

Otro de los motivos de exculpación en la teoría en estudio, lo es la coacción o vis moral. En el psicologismo la coacción anula al elemento emocional o volitivo (querer), lo mismo ocurre en el normativismo causalista. Se hizo distinción entre el miedo grave y el temor fundado, y únicamente se relacionó esta exculpante con el dolo.

La ausencia de delito por inculpabilidad podría originarse como consecuencia de ser impulsado por una fuerza física exterior de carácter moral, que obligara al sujeto a la acción u omisión, amenazándolo con un mal grave en sus bienes o en los de sus allegados. La coacción anula al elemento volitivo del dolo. (1180)

En un normativismo puro (podría ser el finalista), la vis moral o coacción debe tener como fin el de hacer que desaparezca la "exigibilidad de otra conducta". En el normativismo causalista daría lugar a la ausencia del dolo o de la culpa y de la misma exigibilidad, pudiéndose encuadrar en uno o en otro elemento. (1181)

A virtud de que no se la puede tomar como una causa anulatoria del elemento psicológico (querer) y del otro normativo (exigibilidad), debemos considerar y admitirla únicamente como una hipótesis que tiene el poder de anular a la exigibilidad y así no nos movemos en un terreno de mixtura de opiniones.

Desde el punto de vista del finalismo, la coacción es un supuesto de "no exigibilidad", que afecta la libertad del sujeto al actuar. La vis moral no anula a la conducta, habida cuenta de que la persona sobre la cual se ejerce, actúa en forma voluntaria y con la intención dolosa de producir el resultado.

(1175) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (E) Número (101) La Conducta Libre en su Causa.

(1176) Al atender a la conducta primaria, que es aquella en la cual el agente se coloca en un estado de incapacidad de entender, si ésta es dolosa o culposa, el sujeto debe responder del delito bajo ese título, en virtud de que la conducta libre en su causa no tiene poder alguno para anular al dolo o a la culpa.

(1177) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Cuarto. Inciso (B) Número (116) La Culpabilidad Psicológica. (c) La inculpabilidad. Cfr. MEDINA HERNANDEZ. *Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo*. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), pp. 165-171. Tesis de Licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de México. 1984.

(1178) El error anula al elemento intelectual o cognoscitivo del dolo y ante la ausencia de este elemento, la conducta no puede serle reprochada a su autor.

(1179) MEDINA HERNANDEZ. Op. cit. p. 171.

(1180) Si se reconoce que la coacción anula al elemento volitivo del dolo y que la culpa también está integrada por un elemento volitivo, también debería beneficiar a la actuación culposa.

(1181) Por cuestiones de sistemática y de técnica jurídica, esto no debe ser aceptado. Por ello yo preferí ubicar a la coacción como una causa de inculpabilidad, en la que se anula a la libertad.

La presión moral que impulsa al sujeto a la conducta lo obliga a hacer algo que tal vez no haría en otras circunstancias; evidentemente, nos encontramos con que afecta su libertad para decidir, que provocaría una causa de inculpabilidad, porque no se le puede exigir otra actuación. (1182)

La causa decisiva de la inculpabilidad en la teoría normativa que se afilia a los postulados causalistas, es la inexigibilidad. A nuestro elemento en su aspecto positivo debe entenderse como dolo o culpa exigibles y reprochables. La exigibilidad daría nacimiento inmediato al reproche.

Es así, fundamento imprescindible de la reprochabilidad (culpabilidad), que en el instante en que fue desplegada la conducta, pudiera haberse exigido al sujeto que adecuara su comportamiento a los parámetros que marca la normatividad jurídico-penal, en una motivación normal.

Hay inexigibilidad en la teoría normativa causalista, cuando al autor de una conducta típica y antijurídica no se le podía exigir que obrara conforme a los postulados del ordenamiento jurídico-penal, en virtud de las circunstancias que concurrieron en el momento delictivo que vivió.

Esencialmente, todas las causas de exculpación en la teoría normativa podrían quedar en la no exigibilidad, aun cuando se actúe con dolo o con culpa; si hay imposibilidad de que al agente le sea exigible una conducta diversa a la que desplegó, evidentemente, llegaríamos a la irreprochabilidad.

GOLDSCHMIDT, reconocido autor normativo, decidió que la culpabilidad debería ser solamente la reprochabilidad y el dolo, la culpa y la imputabilidad, sus presupuestos. La culpabilidad es un juicio normativo de reproche, que se bifurca en exigibilidad y motivación normal.

Para el mismo autor, el dolo o la culpa y la imputabilidad son tan sólo el basamento para poder exigirle al autor que actúe conforme a las normas jurídicas, que son las que describen el deber ser; por lo tanto, deben ser tenidos como presupuestos de la culpabilidad, entendida como reprochabilidad e integrada con la exigibilidad.

Quiero que este pensamiento quede más claro y echaré mano del estado de necesidad como exculpante. Cuando es sacrificado un bien jurídico de la misma entidad que el que se salvó, no podemos hablar de una causal de justificación que haga desaparecer al delicto, a virtud de que no se llenan sus requisitos.

Por necesidad, se entroniza en el sistema de la culpabilidad normativa la "no exigibilidad", que aun en el supuesto de que haya dolo o culpa, va a despojar a nuestro elemento de su esencia de reprochabilidad. Quien actúa en estas circunstancias lo hace en forma dolosa, habida cuenta de que quiere conducta y resultado.

En el estado de necesidad, la conducta encuentra su dispensa en el hecho de que cualquier otra persona, en circunstancias semejantes, habría obrado de la misma manera. Así, como no puede ser exigida una motivación conforme a lo jurídico, el resultado no debe ser reprochado y, como consecuencia, hay inculpabilidad.

La inexigibilidad hace resaltar el principio del interés preponderante, entendido a la manera de GOLDSCHMIDT. (1183) Triunfa la norma de deber sobre la norma de derecho. Hay una comparación de intereses que nos conduce al sacrificio del bien que provoca, directa o indirectamente, la anomalía de las circunstancias concurrentes.

Hay que aclarar que con esto no se ha querido decir que el bien sacrificado no tenga valor para las normas de deber y deber ser, sino que en virtud de las circunstancias concurrentes anormales en las que es realizado el hecho, irremediablemente tiene que ser sacrificado. (1184)

(1182) INFRA. Sección Segunda. Capítulo Cuarto. Inciso (D) Número (192). La Coacción.

(1183) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Tercero. Inciso (B) Número (151). La Contrariedad del Deber ser. (h) Las Normas de Deber.

(1184) MEDINA HERNANDEZ, Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), p. 174. Tesis de Licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de México. 1984.

NUÑEZ nos dice al respecto: "El sentido íntimo de la (no exigibilidad) es el de autorizar al agente a obrar contra la valoración de la norma objetiva de derecho, porque en el ámbito de ésta no encuentra la solución justa". (1185) En este supuesto no hay justificación (objetividad), en cambio, se presenta una exculpante (subjetividad).

Siento que la "no exigibilidad" es una reminiscencia de las épocas de la justicia de propia mano. Es como si la norma jurídica nos dijera: "Ciudadano: Yo te eximo de culpabilidad, en virtud de que mi tutela no puede alcanzarte y si esperas mi protección, tu mal sería inevitable o irreparable".

La justificación de la "no exigibilidad" se encuentra en una norma de deber, que a contrario sensu de las normas del ordenamiento jurídico, no ordena ni prohíbe, sino que permite; y tampoco está escrita, vive en el sentido de justicia de las autoridades que realizan el proceso de la valoración del delito.

A esta norma extralegal, GOLDSCHMIDT la llama "norma de deber o de motivación" y la contraponen a la norma de derecho o de acción. (1186) La norma de deber ser (jurídica o de derecho) es un imperativo categórico, se encuentra contenida en el ordenamiento legal; en cambio, la norma de deber es un imperativo hipotético.

La norma de deber enana de la realidad fáctica, surge al valorar las circunstancias concretas. A cada norma de derecho le corresponde una norma de deber, que exige la motivación normal del individuo frente a un imperativo hipotético. La norma de deber complementa a la del derecho.

NUÑEZ estima: "Una acción tiene frente a la ley penal dos aspectos: Por un lado el de su legalidad (la conformidad o no conformidad de la norma de acción que la manda o la prohíbe objetivamente); por el otro lado, el de su exigibilidad, si la norma de deber obliga o no obliga al individuo a que se motive por la representación del deber jurídico". (1187)

Tanto en el delito doloso como en el culposo, en la teoría normativa causalista, se dice que existe un deber jurídico de obrar o de abstenerse, y uno más de abstenerse siempre y cuando lo permita la norma de deber.

MEZGER expresa: "No procede culpablemente el autor si se admite, conforme a derecho, que en las circunstancias del caso particular no se le puede exigir otra forma de actuar". (1188) Asimismo, admite que la no exigibilidad es una de las causas especiales de exclusión de la culpabilidad y que funciona tanto para el dolo como para la culpa.

(178) LA CULPABILIDAD EN EL NORMATIVISMO FINALISTA.

Analicemos el pensamiento de WELZEL. (1189) La corriente welzeliana da al Derecho Penal el carácter de medio para la consecución de los fines de la ética. El Estado es el órgano encargado de formar un juicio ético-social a los ciudadanos. La pena es el castigo justo a las acciones reprochables.

El ordenamiento jurídico-penal tiene una doble función: La principal, la ético-social que rige para las grandes masas que son capaces de un compromiso de esa naturaleza y la preventiva que, a excepción de la primera, se aplica a las personas incapaces y a las que tienen la categoría de delincuentes habituales.

La culpabilidad fundamenta la función principal del Derecho Penal en la medida de las penas. La base de la excepción está en el hecho de aplicarles una de las llamadas "medidas de seguridad" a los incapaces, en el caso en que resulte que son necesarias de acuerdo a sus características.

(1185) NUÑEZ. Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad de GOLDSCHMIDT. p. XXXI. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1943.

(1186) GOLDSCHMIDT. Citado por NUÑEZ. Op. cit. p. XXXII.

(1187) NUÑEZ. Op. cit. p. XXXIII.

(1188) MEZGER. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 194. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1957.

(1189) WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1951.

La teoría finalista de la acción se sustenta en la función principal, según la cual la pena será aplicada teniendo siempre como presupuesto a la culpabilidad, que a su vez se basa en los modos ético-socialmente reprochables del comportamiento del hombre. El centro de interés de la sociedad lo es la naturaleza de la acción reprochable.

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

La causalidad, en cambio, según el mismo WELZEL, es tan sólo el producto de los componentes causales que circunstancialmente concurren en los resultados propuestos por la voluntad de concreción del individuo. La causalidad está al servicio de la finalidad que persigue el sujeto.

Toda acción humana es producto de la actividad finalista. El hombre con un conocimiento causal exterior, puede dirigir cada uno de los actos de su acción y determinar al suceder causal exterior hacia el objetivo al cual pretende llegar. Este es el modo finalista de determinación. "Causalidad es producir ciego, finalidad producir vidente". (1190)

La voluntad finalista comprende: Los objetivos, los medios y las consecuencias secundarias vinculadas al empleo de los medios. Acción finalista es la construcción comprensiva y dividida del acontecimiento, en la cual el objetivo es solamente una parte, al lado de los medios y de las consecuencias secundarias.

La voluntad finalista abarca las consecuencias secundarias que necesariamente deberán producirse al realizar el objetivo y utilizar los medios que se cree son los adecuados para lograrlo y también las consecuencias que para cumplirlo se requiere que sean producidas.

La acción es finalista, respecto al resultado propuesto por la voluntad de concreción y atendiendo a los resultados producidos no propuestos por esa voluntad, es de naturaleza causa. WELZEL dice que no hay acciones finalistas en sí, sino que siempre se darán en relación estrecha con la consecuencias propuestas por la voluntad de concreción. (1191)

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

No todas las acciones finalistas son reprochables para el Derecho Penal; la culpabilidad en el finalismo se encuentra en el mismo comportamiento. La culpabilidad es el juicio que se hace a la dirección que le da el hombre al acontecer causal, encaminada hacia el logro de un objetivo.

El objetivo que el hombre produce con su conducta delictuosa es socialmente reprochable y el Derecho Penal lo ha considerado como una forma negativa de conducta, prohibiéndolo en sus prescripciones normativas, con el fin de garantizar la permanencia de la sociedad y la conservación del orden público.

El Derecho Penal va a realizar su función ético-social tipificando los objetivos socialmente negativos. No tamará en cuenta los resultados conseguidos solamente a través del dolo; establecerá también una protección para amparar los bienes jurídicos, exigiendo una determinada dirección finalista en la culpa.

Se considera, asimismo, a las acciones que desde el punto de vista de las consecuencias finalistas no son antijurídicas; empero, que en su consecuencia causal no aportan el mínimo objetivamente necesario para evitar las consecuencias que se desencadenarán en su actividad finalística (culposas).

(1190) WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista. p. 18. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1951.

(1191) WELZEL. Op. cit. p. 18.

En el campo de la antijuridicidad, nos encontramos con que en los delitos que no contienen elementos subjetivos del injusto, el mismo injusto depende de factores subjetivos a los que hasta determinado momento se les comprendía sólo en la culpa. Así, el dolo sale de la esfera de la culpabilidad a los elementos típicos.

Asimismo, se ve en la tentativa de delito un dolo que es integrante de uno de los elementos de la acción y en el tipo subjetivo del injusto, cuando no se sabe la intención concreta de la acción. El dolo contenido en el tipo y en la acción que constituye al delito, nos da la pauta para sancionar la tentativa.

Contar con el dolo en la acción y en los elementos subjetivos del tipo, significa retomar para la culpabilidad solamente al elemento normativo reprochabilidad. La culpabilidad viene a ser un juicio de valoración objetivo sobre un tipo psíquico que existe o que hace falta.

El juicio de valoración de la culpabilidad normativo-finalista adquiere un carácter dualista: Tú deberías haber actuado conforme a la norma, porque podías hacerlo. En la antijuridicidad el juicio de reproche es solamente uno: Tú actuaste en forma contraria a las prescripciones de la normatividad jurídica.

En el finalismo se establece una relación psicológica del autor con el hecho (dolo), con la acción y con el tipo de injusto; a la culpabilidad le deja en su estructura solamente el elemento normativo reprochabilidad, por un hacer doloso o por una causación no dolosa (culposa).

(a) EL CONCEPTO.

WELZEL dice que la teoría finalista de la acción nada nuevo le aporta a la ciencia penal, solamente colocó la piedra angular que le faltaba al psicologismo, que desde siempre buscaba, al sacar de la culpabilidad a los elementos psíquicos. (1192) Es cierto, según mi idea de que las teorías se han ido complementando.

La culpabilidad no debía quedar agotada en su estudio en el concepto psicológico o en el normativo, ambas doctrinas tenían sus fallas; para tratar de resolverlas, surge la culpabilidad en el sistema finalista, tomando como base para su estructura el concepto final de la acción.

Los efectos de la tesis de los finalistas acerca de la culpabilidad se dejan sentir en el ordenamiento sistemático del dolo, en el tratamiento del error y en las cuestiones propias de la autoría y participación.

En esencia, la culpabilidad finalista es semejante a aquélla de la que nos habló el normativismo causalista. Podríamos decir que el sistema finalista es una versión corregida y aumentada del método normativo, puesto que fue estructurada sobre sus mismas bases y sus cambios son de grado.

La culpabilidad normativista, desde el punto de vista de la teoría de la acción finalística, conlleva en sus elementos constitutivos, a los siguientes: a) La imputabilidad, b) La posibilidad concreta de conocer la ilicitud de la conducta, c) La exigibilidad de una conducta acorde a la juridicidad.

Es un juicio de valoración normativa que el juzgador materializa sobre el agente. Tanto para los delitos dolosos como para los culposos, se hacen tres juicios de valoración normativa que deben encontrar su apoyo en la imputabilidad, en la posibilidad concreta de conocer la ilicitud y en la exigibilidad.

MAURACHI sostiene que en esencia la culpabilidad, desde el punto de vista del sistema final, es simplemente reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al actor que no haya actuado conforme a Derecho, el que se haya decidido en favor del injusto, aun cuando podía comportarse conforme a Derecho, aun cuando podía decidirse en favor del Derecho". (1193)

(1192) WELZEL. La Teoría de la Acción Finalista. pp. 18 y ss. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1951.

(1193) MAURACHI. Tres Conferencias. p. 342. Universidad del Externado de Colombia. 29 y 30 de septiembre y 1º de octubre de 1965.

El mayor mérito del sistema de la finalidad aplicado a este elemento, lo ha sido el de tratar de darle un concepto normativo puro. El concepto de la culpabilidad finalista ha quedado muy lejos de todas aquellas influencias psicológicas y es solamente la valoración del proceso de los motivos.

ISLAS y RAMÍREZ explican: "Es la primera estructuración normativa porque el dolo ha sido trasladado al tipo, lo cual trae como consecuencia que, ya en el ámbito del tipo, los delitos dolosos se diferencian de los culposos. Esto permite elaborar la culpabilidad de los delitos dolosos de modo distinto a la de los delitos culposos". (1194)

ZAFFARONI dice que "La culpabilidad es el reproche que se basa en que el sujeto pudo hacer otra cosa, pudo actuar de modo no antijurídico, (en el hacer en lugar de....dafür können)". (1195)

MAURACH señala: "Contrariamente a la opinión sostenida hasta hoy, la culpabilidad ya no sigue siendo un proceso psicológico, tampoco constituye un *mixtum-compositum* oscuro entre tipo y juicio valorativo, sino que es un puro juicio de valor sobre el autor: Obra de modo culpable el autor imputable que ha tenido la posibilidad de conocer lo injusto de su hecho". (1196)

CONDE PUMPIDO ha dicho: "Dado lo inseguro de las bases sobre las que la culpabilidad se asentaba (psicologismo y normativismo), no era difícil introducir en la polémica un nuevo punto de vista sustrayendo de su campo al dolo y reduciendo a la culpabilidad al mero juicio de desvalor del sujeto, desprovisto de contenido psicológico, centrado en una fórmula que podía ser reducida a obrar en forma distinta a como se debía haber obrado". (1197)

Despojar a la culpabilidad de las influencias psicológicas de las que había estado imbuida en el psicologismo y en el normativismo causalista, significaba dejar para nuestro elemento un concepto normativo más o menos puro, otorgándole, al mismo tiempo, una esencia propia, acorde con las necesidades penales del momento.

CONDE PUMPIDO concreta: "En definitiva, se le reprocha al sujeto no haber omitido la acción antijurídica. La culpabilidad adquiere así el más puro concepto normativo: Desvalor de la conducta por su desviación del patrón normativo tipo y sin referencias al contenido subjetivo del objetivo valorado". (1198)

Después de meditar, de añadir y suprimir elementos, de pensar y repensar los pros y los contras de cada una de las posturas que hemos analizado, llegué a la conclusión de que el pensamiento de mayor cierto es el de considerar que la culpabilidad es un juicio de valoración normativa (reproche), que en forma individual se le hace al autor.

Concretamente, la culpabilidad desde el punto de vista de la teoría normativa en el sistema de la acción finalista de la ciencia jurídico-penal, es: Responsabilidad, juicio de valoración normativa. Por ello, para el sincretismo penal, el cuarto elemento del delito es el normativo o culpabilidad.

(b) LA ESTRUCTURA.

Después de que hemos hecho un análisis más o menos integral de la teoría de la acción finalista avocada a la culpabilidad y revisado los conceptos que de nuestro elemento da varios autores trataré ahora lo relativo a su estructura desde la perspectiva de la finalidad, con los siguientes elementos:

-
- (1194) ISLAS y RAMÍREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal. p. 46. Revista de Derecho Penal Contemporáneo. México. 1970.
(1195) ZAFFARONI. Teoría del Delito. p. 465. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1963.
(1196) MAURACH. Tres Conferencias. p. 334. Universidad del Externado de Colombia. 29 y 30 de septiembre y 1º de octubre de 1965.
(1197) CONDE PUMPIDO. Citado por MEDINA HERNÁNDEZ. Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), p. 174. Tesis de Licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de México. 1984.
(1198) CONDE PUMPIDO. *Idem*.

1. Imputabilidad.
2. Posibilidad concreta de conocer la ilicitud de la conducta.
3. Exigibilidad de una conducta acorde a las normas jurídicas.

Estos tres elementos de la culpabilidad nos llevarán sin transido a un juicio sumamente dignado de valoración normativa, que recaerá en el agente en forma individual. Según eso, la culpabilidad como elemento del delito es este juicio puro de valoración, que se traduce en reprochabilidad.

MAURACH concluye: "Las tres características por las que, según nuestro criterio, está integrada la culpabilidad, no son realidades psicológicas, sino puros juicios valorativos, a saber: Imputabilidad, exigibilidad de una conducta acorde a la norma y posibilidad de conocimiento de lo injusto. Y, lo esto es de especial importancia!, estos componentes son los mismos en los hechos punibles dolosos y culposos". (1199)

Quedó perfectamente establecido que las características de la culpabilidad finalista son tres, mas encuentro un reparo. En las exposiciones de **MAURACH** he notado que esos tres requisitos de la culpabilidad no se encuentran dados en un orden preestablecido. Creo que es oportuno dar esa prelación.

En su consideración, los elementos de la culpabilidad deben guardar la siguiente ordenación en el juicio o que son valorados: En primer lugar aparecerá la imputabilidad, seguida de la posibilidad concreta de conocer la ilicitud de la conducta y por último, se dará la exigibilidad de un comportamiento acorde a las normas jurídicas.

La razón es esta: Si el sujeto es inimputable, no tendrá la posibilidad concreta del conocimiento de lo ilícito y mucho menos podrá serle exigida una determinada forma de actuar. Y si es imputable, pero no tiene la posibilidad concreta de conocer la ilicitud, no se dará la exigibilidad y mucho menos habrá lugar para el reproche.

Entonces, el orden lógico entre sus elementos ya se lo hares dado a la culpabilidad y de esta manera podemos pasar a elaborar el análisis de cada uno de ellos, iniciando con la imputabilidad, que es la posibilidad de discernimiento o la capacidad de control o dirección de la conducta.

Imputabilidad y responsabilidad se identifican en el finalismo. A la imputabilidad se le finca un juicio de valoración normativa que tiene sustento en la general capacidad que posee el autor de motivarse de acuerdo con las necesidades que le impone la normatividad jurídico-penal.

En el CPA, nos dice **MAURACH**, "se excluye a la imputabilidad y con ella la culpabilidad se descarta si el autor, al tiempo de cometer su delito, a consecuencia de entorpecimiento mental, de alienación o de debilidad del mismo orden, era incapaz de conocer la ilicitud de su acto o contrariarla de acuerdo con su discernimiento". (1200)

La imputabilidad en el finalismo tiene dos ángulos: Discernimiento y capacidad de dirección o control, que se identifican con el deber actuar y poder hacerlo. Cuando se es inimputable, no debe aplicarse la punibilidad establecida en el tipo, quedando a salvo la imposición de la medida de seguridad, si es necesaria.

Viene a ser la consecuencia de la no imputabilidad del agente, su absolución en el juicio de reproche, aunque sea impuesta la medida aseguradora, porque la inimputabilidad lo imposibilita para ser sujeto de culpabilidad y en la teoría normativa finalista ésta es igual a la reprochabilidad.

Como el conocimiento actual y real de la ilicitud es un hecho psicológico, se exige solamente la posibilidad de que exista ese conocimiento para que se dé la culpabilidad. **MAURACH** define a este elemento así: "la conciencia de la ilicitud es la posibilidad de que el autor se da cuenta del carácter ilícito de su acción". (1201)

(1199) **MAURACH**. Tres Conferencias. p. 334. Universidad del Externado de Colombia. 29 y 30 de septiembre y 19 de octubre de 1965.

(1200) **MAURACH**. Op. cit. p. 350. Cfr. Parágrafos 51 y 52 del CPA.

(1201) **MAURACH**. Op. cit. p. 335

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

MAURACH explica: "La conciencia de la ilicitud del hecho no se hace extensiva a la pena establecida por el Código Penal para el respectivo delito; ella tiene que ver con la norma prohibitiva u ordenadora que siempre constituye el fundamento de la ley penal, y que lógicamente precede a la amenaza de la pena que contiene aquella". (1202)

La exigibilidad de una conducta, en cambio, se da sobre las consideraciones legales. Como elemento de la culpabilidad normativa finalista es un juicio de valoración ética puro; es el poder pedirle y hasta exigirle al autor que obre conforme a las obligaciones que le imponen los postulados legales.

MAURACH ha dicho: "El tercero y el último elemento de la misma se configura también por un juicio de apreciación: Es la exigibilidad de una conducta conforme a derecho o conforme a la norma, que el elemento necesario de la culpabilidad; por lo tanto, la no exigibilidad constituye el factor que descarta la culpabilidad, de acuerdo con el aforismo *ultra posse nemo obligatur*". (1203)

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

En síntesis, según **MAURACH**: "La imputabilidad contiene el juicio sobre la general capacidad de motivación del autor; de la posibilidad del conocimiento de lo injusto, se deriva también que en el caso concreto, podía el autor conocer el carácter antisocial de su hacer; por último, la exigibilidad de una conducta adecuada priva al autor del pretexto de invocar una situación de necesidad excluyente de todo reproche. Cada una de estas componentes contiene un juicio desaprobatorio de distinta naturaleza: Su concurrencia da constancia a un no responder del autor a las exigencias del Derecho, que le debe ser atribuido". (1204)

(c) LA INCULPABILIDAD.

En el pensamiento de la teoría normativa que se apoya en el sistema finalista del Derecho Penal, que intenta hacer un normativismo puro la culpabilidad tiene tres componentes, a saber: 1) Imputabilidad, 2) Posibilidad concreta de conocer la ilicitud de la conducta, 3) La exigibilidad de un comportamiento acorde con los postulados jurídicos.

Dichos elementos deben concurrir en forma simultánea y cronológica, para que inevitablemente nos conduzcan al reproche en el juicio valorativo de la culpabilidad; recuérdese que en el normativismo finalista a la culpabilidad se la concibe como para reprochabilidad.

No es que en el momento en que aparezca el delito se dé primero uno de los elementos y después los otros, sino que en el juicio normativo de valoración se tendrá que estudiar y valorar a cada uno de los componentes precisamente en ese orden.

Se observa primero que la persona sea imputable, capaz de culpabilidad, al poseer capacidad de discernimiento y de control; se ve después si tenía la posibilidad concreta de conocer la ilicitud de su conducta, conocimiento y conciencia de la antijuridicidad y, por último, se atiende a la posibilidad de exigirle un comportamiento adecuado a los patrones legales.

(1202) **MAURACH**. *Tres Conferencias*. p. 350. Universidad del Externado de Colombia. 29 y 30 de septiembre y 1º de octubre de 1965.

(1203) **MAURACH**. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, p. 24-25. Ediciones Ariel. Barcelona, 1962.

(1204) **MAURACH**. *Op. cit.* p. 350.

Hay, por lo tanto, culpabilidad en el normativismo finalista cuando a un sujeto imputable, que ha tenido la posibilidad concreta de conocer la ilicitud de su conducta, le es exigible un actuar que se conforme a lo jurídico, como consecuencia, en el juicio normativo el comportamiento se será reprochado y deberá ser declarado culpable.

El de las causas de inculpabilidad en la posición finalista es un tema muy sencillo, no porque revista mayor importancia, sino porque al despojar a nuestro elemento de todas las características subjetivas y dejarlo como un concepto puramente normativo, evitamos las confusiones del psicologismo y del normativismo causalista.

La teoría en estudio no deja de reconocer que existe el error de hecho, el de licitud y el de derecho y la coacción como hipótesis del aspecto negativo del delito, aunque al trasladar al dolo y a la culpa a los elementos del tipo, los convierte en causas de atipicidad.

Los motivos de exculpación en el normativismo finalista se cuentan en número de tres, a saber: Inimputabilidad, error de prohibición e inexigibilidad. Cada uno de ellos sirve para dejar insubistente al respectivo elemento de la culpabilidad y en forma irrefragable nos conducirá a la irreprochabilidad.

Son inimputables, de acuerdo con la teoría finalista de la acción, todas aquellas personas privadas de culpabilidad, debido a que les falta capacidad de discernimiento o de control, lo que les impide conocer el carácter ilícito de su conducta y dirigirlo de acuerdo con ese conocimiento.

La inimputabilidad tiene dos elementos, a saber: a) Capacidad de discernimiento, b) Capacidad de control. La ausencia de cualesquiera de ellos dará origen a la inimputabilidad, porque el sujeto no pudo dirigir y controlar su comportamiento, de acuerdo a las ordenanzas del sistema jurídico.

Las personas que no tienen capacidad de culpabilidad al ser inimputables, también pueden actuar dolosamente, aunque su dolo no debe ser castigado con una pena. Su conducta dolosa es natural; inclusive los menores, los trastornados mentales y los embriagados pueden desplegar hechos dolosos.

El dolo es ubicado dentro de los elementos del tipo, en los que tiene carácter subjetivo y es idéntico a la voluntad de acción que habitan señalados los psicologistas y los normativistas primarios al nivel de la culpabilidad. Los imputables son inimputables, mas no quedan exentos de responsabilidad social.

A los inimputables no se los sanciona con pena, sino con una medida educativa o asistencial, que tienda a su rehabilitación. MAURACH dice: "Todos estos autores (inimputables), pueden actuar dolosamente o sea con conocimiento y voluntad". (1205)

Se considera que la inimputabilidad es excluyente de culpabilidad; esto se traduciría en que al individuo no pueda imputarsele una pena; mas como deja subsistencia a la culpabilidad y a la peligrosidad, el sujeto puede ser sometido a una de las medidas asegurativas, educativas o correctivas que prevén la legislación.

Decididamente, la imputabilidad o inimputabilidad del hecho debe ser tomada en cuenta en el momento en que fue cometido el delito, no antes ni después. (1206) Puede suceder que se vuelva inimputable tras de haber realizado la conducta delictuosa, aunque este es un problema diferente. (1207)

(1205) MAURACH. Tres Conferencias. p. 350. Universidad del Externado de Colombia. 29 y 30 de septiembre y 12 de octubre de 1955.

(1206) Porque es parte integral del delito (como elemento de uno de sus componentes, o bien como su presupuesto) y por ello debe analizarse en el momento delictivo.

(1207) La doctrina alemana nos dice que será decisión del juzgador a su arbitrio, si el sujeto cumple primero con la pena y después se le somete a una medida de seguridad, si es al contrario o simplemente purga la medida asegurativa. MAURACH. Op. cit. p. 352-353

Límita a la inimputabilidad la conducta libre en su causa (*actio liberae in causa premeditata o imprudente*), cuando la acción primaria es dolosa o culposa, debiéndose tomar en consideración el mismo tratamiento que esta institución había recibido en el psicologismo y en el normativismo causalista. (1208)

En cuanto se refiere a la imputabilidad atenuada o disminuida, debo decir que no se la reconoce como causa de inculpabilidad o exculpación precisamente, mas se afirma (principalmente en la doctrina alemana que es los autores deben recibir un tratamiento que sea más benigno que el del imputable.

Tal como en la inimputabilidad, la imputabilidad atenuada tiene su origen en trastornos biológicos o psicológicos, que van desde la sordomudez de nacimiento hasta la debilidad mental. Afecta el grado de discernimiento y la capacidad de control, a diferencia de la inimputabilidad que los ataca en su esencia. (1209)

La imputabilidad disminuida es una circunstancia que atenúa la responsabilidad, habida cuenta de que el esfuerzo que realiza una persona afectada en su imputabilidad para discernir y lograr el control de sus actos, es mayor que el que tiene que realizar el delincuente normal; por eso su culpabilidad es menos grave.

Como colofón, diré que en el caso de que exista la inimputabilidad ya no será necesario atender a si se dió la posibilidad de conocer la ilicitud y a si había exigibilidad. El sujeto inimputable tendrá que ser declarado inculpaible porque no tiene capacidad para responder en el juicio de reproche.

En el marco de los componentes de la culpabilidad finalista encontramos que se incluye a la conciencia de la ilicitud de la conducta que se está realizando. Esta conciencia se la exige en potencia, mas no en acto; es decir, que en el momento en que el comportamiento es desplegado el sujeto debe tener la posibilidad de darse cuenta de que es contrario a derecho.

El falso conocimiento o el desconocimiento de la norma anula la posibilidad de la conciencia de la ilicitud y da lugar a lo que en la doctrina de la acción finalista se denomina "error de prohibición", al cual hay que reconocer que tiene mucho que ver con el error de derecho o licitud del psicologismo y del normativismo.

El error de prohibición recae sobre la conciencia de la antijuridicidad y excluye el reproche. También debe ser de naturaleza esencial e invencible, para que sus efectos trasciendan en el ámbito de la culpabilidad.

ISLAS y RAMIREZ dicen: "Se distingue, por parte de los finalistas, diversas categorías de error: a) el error que no tiene relevancia alguna (accidental), b) El error que solamente produce atenuación de la culpabilidad (de prohibición), d) El error que elimina al tipo doloso (de tipo).

Estas cuatro variedades se sintetizan, en última instancia, en dos categorías: El error de tipo y el error de prohibición". (1210)

MAURACHI expone lo relativo al error de prohibición; lo primero a lo que hace alusión es a su invencibilidad o vencibilidad. Cuando llega a ser evitable, tiene el poder de destruir a la culpabilidad; por lo tanto, el sujeto tiene que ser absuelto en el juicio de reprochabilidad.

El error no destruye el carácter doloso de la conducta, mas sí implica que el autor sea absuelto en el juicio de reproche y se lo exima de sanción. A la conciencia de la ilicitud, se la exige en potencia y no en acto, por la simple razón de que existe un error de prohibición que puede ser vencible.

(1208) SUPRA. Sección Segunda. Capítulo Primero. Inciso (E). Número (101). La Conducta Libre en su causa.

(1209) Cfr. MAURACHI. *Tres Conferencias*. p. 352-353 Universidad del Externado de Colombia. 29 y 30 de septiembre y 1º de octubre de 1965.

(1210) El subrayado es mío. ISLAS Y RAMIREZ. *El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal*, p. 59. Revista de Derecho Penal Contemporáneo. México, 1970.

Así explica MAURACH: "El evitable error de prohibición deja subsistente a la imagen total del hecho punible doloso, aunque permite atenuar la pena por culpabilidad disminuida". (1211) En este supuesto se da la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad, aunque el reproche es menor.

Según el autor, el error de prohibición admite tres modalidades diversas, a saber: a) Con conocimiento general del mandato normativo, b) Como el error en el ceder de la norma, c) Como viciosa representación de la eficacia terminante de la norma. (1212)

El desconocimiento o el falso conocimiento del mandato general de la norma se llama también "abstracto error de prohibición" y recae sobre la existencia de la norma prohibitiva. Es decir, que el sujeto que actúa, por este vicio puede estimar que no existe la norma, o bien, que ha perdido su vigencia.

El error sobre el ceder de la norma o "concreto error de prohibición" no recae sobre el conocimiento propio de la norma, sino sobre las justificaciones (contranormas). El autor conoce la prohibición normativa, pero por un desacierto fáctico o jurídico, estima que su conducta está justificada. (1213)

La viciosa representación de la eficacia de la norma, de su eficacia terminante, hace suponer al sujeto que a él no le es exigible la observancia de los postulados normativos. No puede permitir que se concrete un error de prohibición propiamente dicho, dado que en este supuesto el individuo reconoce que su conducta está prohibida.

Frente a ello, tiene las mismas características que el error de prohibición y es dable decir que posee los mismo efectos. El error sobre la determinante existencia de la norma y sobre su eficacia determinante son equiparables. (1214)

La exigibilidad es el tercer elemento que la teoría finalista reconoce para la culpabilidad, es también un juicio de valoración. La inexigibilidad del comportamiento dará lugar a la inculpabilidad, porque impide la reprochabilidad con apoyo en la máxima que postula: Nadie está obligado a lo imposible.

La no exigibilidad encuentra su fundamento en la circunstancia anómala que concurra en el momento en que el sujeto despliega la conducta. FRANK asentó: "Hay situaciones de peligro, de apuro o de compulsión, en las cuales la vigencia imperiosa de la norma no resulta ni puede resultar eficaz, si además se tiene en cuenta que la ley ha sido dictada para el hombre medio, no para el héroe". (1215)

(1211) MAURACH. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 147. Ediciones Ariel. Barcelona, 1902.

(1212) MAURACH. Citado por ISLAS Y RAMÍREZ. El Error en el Modelo Lógico del Derecho Penal. p. 54. Revista de Derecho Penal Contemporáneo. México. 1970.

(1213) "Cuando el autor conoce el mandato general de la norma pero supone, por una incorrecta suposición fáctica o un desacierto conocimiento jurídico, que la norma cede ante su prevalencia del derecho de actuar". "El sujeto incurrir aquí en un error referente a una causa de justificación, ya por suponer una situación cuya real concurrencia justificaría su actuar, ya por incurrir en un error sobre su existencia, naturaleza o extensión de las causas de justificación no reconocida o reconocida de un modo diferente por el derecho". MAURACH. Op. cit. p. 147. Este supuesto se incluye a todas las falsas causas de justificación o "eximentes putativas" (defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho), cumplimiento de un deber, impedimento u obediencia jerárquica putativas). Como una causa autónoma se habla de la obediencia debida, cuando el agente yerra sobre la licitud de la orden que le da su superior en el orden de las jerarquías administrativas. MEDINA HERRERA. Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), pp. 184 y ss. Tesis de Licenciatura. UNAM. 1984.

(1214) Cfr. Parágrafos 52 (coacción) y 56 (estado de necesidad putativo del CPA).

(1215) FRANK, citado por MAURACH. Tres Conferencias. p. 352-353 Universidad del Externo de Colombia. 29 y 30 de septiembre y 1º de octubre de 1963.

Esta exculpante se da cuando no es posible exigirle al hombre que actúe conformándose a los patrones jurídicos, en virtud de las circunstancias concurrentes porque cualquier persona, en semejante situación, actuaría de la misma manera.

Sin lugar a dudas, la acción u omisión que se asume en estas condiciones es típica y antijurídica, aunque el sujeto no debe ser declarado culpable, a virtud de que no puede reprochársele una conducta que no es exigible porque, atendiendo a un común denominador, cualquiera la podría asumir.

En el juicio normativo de valoración de la culpabilidad se han llenado los requisitos de imputabilidad y posibilidad concreta del conocimiento de la ilicitud de la conducta, mas ésta no es reprochable porque falta la exigibilidad, que es el broche que cierra la culpabilidad normativa finalista, entendida como reprochabilidad.

Dentro de las hipótesis de la no exigibilidad se incluye al estado de necesidad, cuando no se cubren los requerimientos esenciales de las justificantes, al miedo grave y al temor fundado e irresistible, al encubrimiento entre parientes, la fuga de un preso, el aborto terapéutico, entre otros.

Son situaciones en las cuales se encuentran en pugna dos bienes jurídicos tutelados por igual en el orden jurídico; a diferencia de las causas de justificación, los bienes que aquí se disputan no son uno menor y otro mayor, sino iguales; es decir, no hay interés preponderante en relación a los bienes en conflicto.

En tales supuestos ambos valores jurídicos poseen la misma entidad y si se sacrifica a uno de ellos es con base en un interés preponderante que se da en relación a las normas que colisionan. En este choque triunfa la norma de deber sobre la jurídica, gana el imperativo hipotético sobre el categórico.

En un enfrentamiento entre los mundos del ser y del deber ser, la realidad fáctica supera a la jurídica; es decir, que en atención a las circunstancias concurrentes en la conducta, la norma del deber ser cede ante la norma del ser. Los hechos ejecutados son típicos y antijurídicos.

Si se discute en la doctrina que hay otras causas de no exigibilidad, además de las que enuncié, podrían encontrárselas en casos extralegales, especialmente que hayan nacido de la costumbre. Parece que la situación se resuelve al decir que si la no exigibilidad se basa en una norma de deber, todas sus hipótesis se darán en atención a los hechos y a las circunstancias concurrentes.

En mi opinión, sería preciso que el tipo se dejara abierto para decir que la no exigibilidad excluye a la culpabilidad y que en ella se encuadran todos los casos concretos que se presenten en la práctica y que serán calificados al arbitrio de las autoridades.

La situación es extrema, porque de considerar que solamente valen los casos de no exigibilidad legalmente limitados, dejaría de tener vigencia el principio que le da sustento a esta causa de inculpabilidad y que dice: Que en circunstancias anormales triunfará la norma de deber sobre la norma de Derecho.

(179) LAS CONSIDERACIONES CRITICAS.

(a) EN EL ASPECTO POSITIVO DEL PSICOLOGISMO.

Me parece que cualquier posición que se adopte en la ciencia jurídico-penal es plausible y digna de consideración; aun cuando me parezca errada, queda dadas la pauta para desentrañar los problemas de difícil resolución. En este inciso, voy a tratar de exponer algunas de las consideraciones críticas a la que nos lleva el psicologismo, sin olvidarnos de sus méritos indiscutibles ni de la gran ayuda que le prestó a la teoría del delito. (1216)

(1216) Todas estas críticas las anoté en MEDINA HERNANDEZ. Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), pp. 90 y ss. Tesis de Licenciatura. Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.

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

El psicologismo encuentra su primera falla en el hecho de que en la violación de un deber general de cuidado, requisito indispensable para hablar de la culpa, no puede existir esa relación anímica. En la culpa inconsistente, definitivamente no puede darse y el jurgado afirma que comparecer con bases normativas que se refieren al sujeto, tiene la posibilidad de representarse, de ser así, nos damos cuenta de que se está involucrando elementos psicológicos y normativos (cosa que si sucede en el normativismo causalista).

b) El dolo es eminentemente psicológico y es la esencia de la culpabilidad en esta postura; nos e puede colocar al dolo y a la culpa, que siempre sería normativa, bajo una nota común: El psicologismo.

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

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

Si la voluntad es también elemento psíquico, debería colocársela al lado del dolo, de la culpa y de la preterintención; es decir, se pasa a la culpabilidad (sus especies) a la conducta, o bien la conducta se traslada a la culpabilidad.

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

A la culpabilidad psicológica se la vincula al hecho de un autor con la capacidad para determinarse libremente (imputable), haya actuado en forma concreta, queriendo y conociendo lo que hacía; la representación de los impulsos se encuentra relacionada con la posibilidad de un resultado al que se pretende actualizar por medio de la conducta. De aceptar esto, también tendríamos que decir que la imputabilidad es parte de la culpabilidad y presupuesto de ella o elemento del delito.

A su vez, el dolo lleva insitos esos presupuestos: El querer (volitivo) y el entender (intelectual). En el primero se comprende al querer la conducta y querer el resultado, que se dará en el momento en que éste se represente; el segundo, se refiere al conocimiento del carácter antijurídico de la conducta y sus consecuencias. Como ya dije, según el psicologismo, la consciencia de la antijuridicidad es parte del dolo.

Respecto al dolo, a esos momentos se los puede ubicar perfectamente; en la culpa, el elemento volitivo se presenta incompleto, sólo se quiere la conducta, mientras que el resultado hace acto de presencia por causas ajenas a la voluntad del agente; el elemento intelectual, también es incompleto, ya que en la culpa puede existir la representación, más o la consciencia de la antijuridicidad.

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

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

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

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

Cabe recordar que si el delito es principalmente manifestación de la voluntad (humana, desde luego)!!!, una actuación involuntaria daría lugar a una hipótesis de no delito, originada en la ausencia de conducta.

f) Sin lugar a dudas, la antijuridicidad y la imputabilidad (como elementos del delito), tienen que ser considerados como presupuestos de la culpabilidad; lo primero, se comprueba porque según los psicólogos, nos se puede llamar "doloso" a un hecho lícito; lo segundo, porque tampoco puede dársele esa denominación a la voluntad de un sujeto imputable, es decir, que el inimputable nunca podrá actuar dolosamente.

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

h) En el psicologismo, cuando se habla de la estructura del tipo, no se logra explicar sus elementos subjetivos, puesto que ni siquiera los consideran.

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

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

Por todas estas fallas y por otras más que hayan escapado a nuestra consideración, en resumen, dice MAURACH: "...la teoría psicológica de la culpabilidad está condenada al fracaso..." (1217)

(b) EN EL ASPECTO POSITIVO DEL NORMATIVISMO CAUSALISTA.

Con la aparición del normativismo causalista, teoría iniciada por FRANK, en la dogmática del delito, se logra rellenar algunos de los huecos que existían en la culpabilidad y que el psicologismo jamás notó o les dio poca importancia, ante la imposibilidad de encontrar una respuesta adecuada para ellos en sus postulados.

Sin lugar a dudas, el mayor mérito del normativismo que se afilia al sistema causalista de la ciencia jurídico-penal, ha sido el de haberle dado a la culpabilidad un concepto propio, prescindiendo en cierta medida de enunciar las formas culpables al darnos su definición.

Se hace preciso que en estas líneas anote las consideraciones críticas a las que no llevaría el hecho de aceptar el normativismo causalista, en el momento de hablar de la concepción y la estructura de el cuarto de los elementos del delito, como ente jurídico-penal. (1218)

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

Analicemos lo anterior; entre el sujeto y su voluntaria actuación que produce un resultado típico y antijurídico existe un nexo con tintes netamente psíquicos; además de que se precisa del elemento volitivo (querer) dirigido a la producción de la conducta, se hace necesario otro elemento subjetivo que se denomina intención, que se traduce en querer la producción de un resultado en forma directa o indirecta (dolo o culpa).

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

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

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

La valoración de la culpabilidad se hará en atención a las circunstancias que concurren en el momento en que se despliega la acción u omisión. De esta forma encontraremos que el dolo y la culpa no siempre son culpables.

b) Dentro del aspecto negativo de la culpabilidad, se presenta un problema semejante al anterior, en el momento en que se analiza a las falsas causas de justificación o eximentes putativas. En ellas también se requiere que la voluntad vaya orientada a la producción de un resultado y el autor, de acuerdo con el psicologismo, debería responder a título de "inculpable culpable", dado de que a pesar del error existía el vínculo psíquico. El problema se resuelve debidamente al introducir en la culpabilidad la exigibilidad y el reproche. El elemento normativo de la exigibilidad imposibilitará que concurra el dolo reprochable en esta causa de inculpabilidad.

c) Es mérito de la teoría normativa causalista matizar a la culpabilidad con elementos que van a ser valorados de acuerdo con las normas éticas y jurídicas. En esta teoría no se hace tal diferenciación, aunque es necesaria a virtud de que no todas las normas éticas son jurídicas y a la inversa. La teoría en estudio no es sino una referencia al deber ser (en todos sus ámbitos), que se encarga de regular el comportamiento humano.

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

(1218) Estas críticas se incluyen en MEDINA HERNÁNDEZ, Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), p. 104. y ss. Tesis de Licenciatura. Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.

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

f) Reconocemos que tampoco quedan muy bien sentadas as bases de la regulación para el juicio de reproche, puesto que el propio FRANK cambió de pensamiento en forma constante y no llegó a concertar. Empero, sobreentendemos que se debe atender a las circunstancias de lugar, tiempo, forma, etc. (concomitantes o concurrentes), para que pueda procederse a la exigibilidad y al reproche.

g) Se incurre en el mismo error que en el psicologismo, al considerar que la culpabilidad es intención. En el normativismo, la situación se hace más grave puesto que se revuelven en nuestro elemento componentes psíquicos y normativos. A este error, pienso, se le subsana en forma adecuada en el finalismo, al separar de tajo los elementos subjetivo y objetivo del delito, como se explicará en líneas posteriores.

h) Por último, de aceptar la teoría normativa causalista para resolver el problema de la culpabilidad, tendríamos que considerar que desde el punto de vista de la ética se harían dos juicios de valor sobre el hecho en cuestión. El primero descansaría sobre aquellas bases morales que nos sirven para comprobar la anti-juridicidad, bajo las cuales será determinada la contradicción de la conducta con la norma jurídica. La segunda se haría referida a la reprochabilidad de una conducta culposa o dolosa, de acuerdo con el elemento ético de la exigibilidad de una actuación conforme a lo jurídico.

Es de lógica concluir que ambos juicios, que tienen el mismo tinte en los elementos utilizados para su valoración, deberían quedar fundidos en uno solo. La teoría normativa ha unido el contenido y la forma de la culpabilidad, confundiendo a esta última con la forma de la anti-juridicidad.

Todas estas consideraciones me llevan a seguir sosteniendo que hasta el momento en que apareció la teoría normativa desde el punto de vista de la causalidad, el concepto y la estructura de la culpabilidad no tenían aún una esencia propia.

La teoría finalista de la acción, o mejor dicho la teoría normativa finalista, ha tratado de cubrir todas las lagunas que habían quedado en nuestro elemento, desde que se tomó como un concepto puramente psicológico hasta que se le denomina dolo o culpa reprochables.

(C) EN EL ASPECTO POSITIVO DEL NORMATIVISMO FINALISTA.

Ahora voy a revisar cada uno de los postulados finalistas, para encontrar sus fallas y no sólo eso, sino que también intentaré darles una resolución adecuada. (1219)

a) En cuanto a la conducta la teoría de la acción finalista basa toda su estructura en el elemento material del delito, que desde siempre debió incluir la finalidad. Ocurre que en el psicologismo y en el normativismo se le negó esa cualidad. El finalismo se dedica a estudiar en forma exhaustiva a la acción y parece que ha olvidado que el primer elemento del delito, los actos humanos voluntarios, se mueve en dos polos que son: Acción y omisión.

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

(1219) Estas críticas se incluyen en MEDINA HERNANDEZ. *Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo*. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), p. 123-125. Tesis de Licenciatura. Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.

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

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

Entonces, debe concluirse que el juicio de la valoración del delito en general gira en torno a la constatación de la realidad fáctica con la jurídica. Al evaluar por separado cada uno de los elementos que integran al delito, se comprará que al mismo tiempo puedan cumplir con los requisitos de un tipo legal.

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

c) En cuanto a la antijuridicidad, en el finalismo no se hace una diferenciación expresa entre el objeto de la valoración de la antijuridicidad y la culpabilidad. Podría legarse a pensar que ésta última siempre estará referida a la antijuridicidad, ya que el objeto de valoración de las dos no se encuentra precisado.

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

d) En relación a la culpabilidad, MAURACH (1220) ha pensado que en la culpabilidad no se da una individualización pura, lo cual para mi consideración resultaría inaceptable. La culpabilidad siempre deberá referirse a la individualización de los postulados penales, a una conducta concreta. Esto, porque aunque las normas revisten un carácter general, siempre tienden a que se las individualice cuando se lleva a cabo el proceso de la valoración del delito.

Pienso que en el lugar de la imputabilidad debería considerarse al ejercicio de la libertad al actuar, porque en la primera todavía quedan rasgos de psicologismo. El contenido de la imputabilidad debe pasar a formar parte de la conducta, (si se entiende como capacidad de discernimiento), aunque puede quedarse allí, si se dice que es la capacidad de culpabilidad, entendiéndose que ésta únicamente se tiene cuando se actuó con plena libertad.

e) Me parece que quienes se avocan al finalismo tradicional han dejado de reconocer que el delito puede descomponerse en elementos y que aceptan aquella postura que dice que nuestro ente jurídico-penal es un bloque monolítico que no se deba escindir. Digo esto, porque en la teoría finalista los requisitos o elementos que integran cada uno de los componentes del delito, adquieren mayor importancia en la estructura del tipo y en todo caso, el juicio de reproche hará referencia a cada uno de ellos.

Puede suceder que en esta estructura ponderen dos elementos: la tipicidad y la culpabilidad, lo cual puede ser resultado de el reproche por haber alcanzado un resultado típico.

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

(D) EN EL ASPECTO NEGATIVO DEL PSICOLOGISMO.

Ahora criticaré la postura psicologista relacionada con las causas de inculpabilidad que hemos tratado. Vamos a observar que de la concepción de la culpabilidad que analizamos en un inciso anterior de acuerdo con los postulados de los psicologistas, se derivan un concepto y una estructura determinados para la culpabilidad. Las consideraciones que podemos hacerle a este pensamiento son las siguientes: (1221)

A) La inculpabilidad en el psicologismo, se la entiende como la imposibilidad de que el juzgador llegue a establecer un nexo de carácter psicológico entre el autor de una conducta típica y antijurídica y el resultado dañoso que con ella se produce. Evidente falla de los psicologistas, porque ya dijimos al tratar a nuestro elemento en el aspecto positivo, que en la culpa no es posible que llegue a establecerse esa relación en forma plena entre la conducta y el resultado. Esto traería como consecuencia que en los casos de los delitos cometidos por culpa hubiera inculpabilidad; ¡qué teoría tan benévola!

B) Cuando se explican el error y la coacción, notamos que estas exculpantes se refieren únicamente al dolo; interpretando a contrario sensu que la culpabilidad es dolo, culpa o preterintención, notamos que a los psicologistas les faltó detallar en qué casos no existe la culpabilidad y habrá inculpabilidad porque ellos faltan; que si son estudiadas en el normativismo causalista, al incluir la exigibilidad y la reprochabilidad.

C) En el error de licitud, nos encontramos con otro error del psicologismo; tomando en consideración este pensamiento, notamos que el agente debe responder a título de inculpable culpable, porque en estos casos sí puede establecerse un hecho psicológico entre el hecho y su autor.

D) Si aceptamos la teoría del psicologismo, tendríamos que decir que las causas de justificación son culpables, atendiendo a que en ellas también se quiere la producción de la conducta y del resultado.

E) Si la coacción figura como causa de inculpabilidad en virtud de que impide la aparición del elemento volitivo del dolo, debemos decir que además de anularlo a él, dejaría insubsistente la culpa ya que en ella también concurre, aunque incompleto. Esta doble función no se la dan los psicologistas a la *vis compulsiva*.

F) En el estado de necesidad como exculpante, cuando colisionan dos bienes jurídicos de la misma entidad y se destruye a uno para salvar a otro, los psicologistas hablan de una causa de inculpabilidad, mas sin embargo no llegan a explicarnos a cuál de los elementos de la culpabilidad es al que anula el estado de necesidad como motivo exculpatorio. En este instituto no se hace referencia a si el estado de necesidad se debe a error o a coacción, que son las causas que reconoce la inculpabilidad psicológica.

Todas estas fallas se intenta corregirlas con la teoría normativa causalista que explica que las causas de inculpabilidad anulan lo mismo al dolo que a la culpa y se añade a la no exigibilidad de otra conducta.

(E) EN EL ASPECTO NEGATIVO DEL NORMATIVISMO CAUSALISTA.

He hablado hasta ahora del tratamiento que el normativismo causalista le da a la culpabilidad; nos resta hacer las consideraciones críticas pertinentes. (1222)

A) La teoría normativa que sigue el sistema causalista del Derecho Penal indudablemente soslaya algunos errores en los que incurrieron los psicologistas, por el simple hecho de que incluye la exigibilidad y el reproche en su contenido. Mas no pudieron evitar sus propios yerros, que se originaron como consecuencia de no dar una estructura normativa depurada a nuestro elemento. Al revolver elementos normativos (reproche y exigibilidad) con elementos psicológicos (dolo o culpa) en la valoración de la culpabilidad, sus tratadistas llegaron a complicar algunos aspectos de la inculpabilidad.

(1221) Estas críticas se incluyen en MEDINA HERNANDEZ. *Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo*. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), p. 161-162. Tesis de Licenciatura. UNAM. 1984.

(1222) Estas críticas se incluyen en MEDINA HERNANDEZ. *Op. cit.* pp. 175-178.

B) Se decía que la imputabilidad era la capacidad de querer y entender y que su aspecto negativo lo era la inimputabilidad, entendida como la incapacidad de querer y entender y que a su vez formaba parte de los elementos de la culpabilidad. No comparto la opinión ni creo que alguien lo haya ya, de que el inimputable sea incapaz de querer. De esto se derivaría aceptar que los sujetos en su "imputabilidad", "no quieren", en atención a esa incapacidad volitiva. Nada más falso, porque imputables e inimputables sí que tienen capacidad de querer; mas estos últimos no poseen capacidad para discernir, que es algo muy distinto.

Para cortar de tajo con las confusiones, habremos de aceptar que la imputabilidad es la capacidad que deben tener los autores para que sean declarados culpables, para responder en el juicio de reproche (como dirían los normativistas finalistas), en atención a que se puede discernir, o más bien actuar con libertad. Si contraria, es decir, la inimputabilidad, quedará como la imposibilidad de exigirle al sujeto una conducta diversa a la que desplegó, porque está imposibilitado para entender y no se la puede fundamentar el reproche.

C) Algún normativista dijo que el inimputable no podía ser destinatario de las normas de derecho y así le negaba a la inimputabilidad su calidad de aspecto negativo del delito. El argumento es falso: Las normas jurídicas han sido hechas para todo el género humano y no se distinguen más que en su aplicación. Imputables, inimputables, hombres, mujeres, niños, eruditos o ignorantes, son destinatarios de las normas jurídicas y atendiendo a ello deben cumplir con el deber que.

Desde luego que hay casos determinados en que esto no es posible y es entonces cuando surge la excepción de que el estado ejerza la coercitividad en forma de pena, aunque se erige como asegurador del bienestar social por medio de la medida de tratamiento especializado que limita la tenibilidad. La imputabilidad es un aspecto negativo del delito, porque aun cuando se la considere esencial del mismo, como presupuesto de la culpabilidad, en el caso de que no se dé no podrá hablarse del ilícito penal.

Tal vez está equivocada, aunque considero que si para que haya delito se requiere de una voluntad y de conciencia, un concepto de la imputabilidad (la capacidad de querer y entender) debe quedar ubicado en la conducta y la inimputabilidad sería un aspecto negativo de la misma, al viciar la voluntad y el entendimiento.

D) Por cuanto hace al error, podemos notar que el normativismo causalista incluye más o menos los mismos postulados que el psicologismo y por ende, hace suyos salguera de los errores de esta teoría. Es un gran acierto establecer una diferencia clara entre el error de hecho y el de tipo. La intrusión del error del tipo en esta tesis resuelve muchos de los problemas en los que incurrió el psicologismo. Otro de sus grandes aciertos se da con relación a la diferencia que se ha entre el error de hecho penal y extrapenal que antes de ellos no había sido reconocido planteando como causal de inculpabilidad. Dejan de considerar aquello de que el error de derecho a nadie aprovecha.

E) Estiman que la coacción es una causa autónoma de inculpabilidad y que nada tiene que ver con la exigibilidad y la no exigibilidad, lo cual considero que no es acertado. Es indudable que el sujeto que realiza la conducta bajo el influjo de la coacción quiere su ejecución y la lleva a cabo porque no le queda otro remedio, pero de allí a que quiera también los resultados hay mucha diferencia. Pienso que no se le puede exigir un comportamiento diverso al que desplegó, porque cualquier persona que se encontrara con las mismas circunstancias habría actuado igual. Como la coacción no puede ser a la vez anulatoria de un elemento psicológico y otro normativo, prefiero llevarla al terreno de la no exigibilidad y así no me muevo en una mixtura de consideraciones.

F) Indudablemente que con la inclusión de la no exigibilidad como causa de inculpabilidad, como motivo que borra la culpabilidad dolosa o culpable de una conducta, se obtuvo uno de los mayores aciertos de la teoría que criticamos. Fue **MREUEBENHA**, en 1922, el autor de tales aciertos, después de cuyos postos el resto de los normativistas que consideran la causalidad, que tratan de perfeccionarse con el finalismo. Con la inclusión de este elemento normativo se llega a remediar aquellos absurdos de los "inculpables culpables" o de las "causas de justificación culpables", en que hubieren incurrido los psicologistas.

G) Como GOLDSCHMIDT hablaba de que la culpabilidad era reducida a la reprochabilidad solamente y que el dolo o la culpa y la imputabilidad eran sus presupuestos, creo que el único motivo de inculpabilidad que debió haber reconocido el normativismo causalista sería la no exigibilidad, que conlleva la absolución del sujeto en el juicio de reproche. En realidad, bien podría ser que todas las situaciones de ausencia de dolo, culpa o imputabilidad, se funden en el aspecto que se desentorquen en la no exigibilidad.

E) Si en la culpa es en el único momento de la culpabilidad normativa en el que se puede hablar de un elemento de esta índole, las causas de exclusión de nuestro elemento deberían reducirse a negarla, ya que en el dolo se trata de incluir elementos psicológicos y normativos. La exculpación recibe un mejor trato cuando la amparan los postulados de la teoría finalista de la acción.

(F) EN EL ASPECTO NEGATIVO DEL NORMATIVISMO FINALISTA.

Me toca exponer las consideraciones críticas a las que nos conduce la teoría normativa de la culpabilidad, con base en la doctrina finalista de la acción. (1223)

A) Es indudable que en lo que intenta ser un normativismo puro, al que se da origen con las consideraciones de los finalistas, nuestro elemento precisa su contenido al ser despojado de todos aquellos aspectos subjetivos, que en puridad deben pertenecer a la conducta y ser evaluados legalmente en los elementos del tipo.

B) Con este pensamiento, se evitan aquellos absurdos, de los que ya nos hemos ocupado, a que nos llevaron en forma inevitable el psicologismo y el normativismo primario. Al considerar a la culpabilidad como un aspecto normativo depurado, la teoría finalista de la acción acepta que solamente puede ser valorada como un aspecto netamente objetivo, que nos llevará al reproche de las acciones u omisiones dolosas y culposas.

C) Como la culpabilidad encuentra sustento en tres aspectos que son puramente éticos, las causas de inculpabilidad quedan precisadas y podrán referirse tanto al dolo como a la culpa, sin que haya necesidad de que sean revueltos elementos psicológicos y normativos.

D) Aún se encuentra otra brecha, que no tiene una resolución definitiva y se da con relación al error, puesto que lo llaman error de prohibición y llega a tener mucha semejanza con el error de hecho y el de licitud, que ya habían sido considerados en otras teorías. Esto nos lleva a aceptar que el dolo que se exige en la conducta y en los elementos típicos solamente tiene como elemento constitutivo al querer y que el entender quedará inmerso en la culpabilidad.

E) La teoría del error se bifurca y aparece como causa de atipicidad y como motivo de exculpación, lo cual no debe ser. Por ello, yo la trasladado a la ausencia de conducta y no tengo una dualidad de valoraciones confusas.

F) El error de prohibición tiene un nombre restrictivo, dado que exige el conocimiento potencial de la norma y hay que recordar que las normas no solamente prohíben, sino también ordenan determinados comportamientos. Para que en él puedan abarcar las dos hipótesis, se me ocurrió que podría llamarlo "error sobre la norma".

(180) EL ELEMENTO NORMATIVO.

Sin duda alguna, los elementos del delito que mejor se prestan al debate por su importancia y riqueza de contenido polémico, lo son la conducta (elemento subjetivo-material) y la culpabilidad (elemento normativo) y en ellas hay una mayor incidencia de los sistemas de la ciencia jurídico-penal.

(1223) Estas críticas se incluyen en MEDINA HERNANDEZ. Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), p. 188-189. Tesis de Licenciatura. Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.

Ello puede comprobarse fácilmente, cuando observamos que en la teoría del delito, las diversas posturas que son sostenidas en torno a estos elementos son muy extensas y que, a pesar de tanto tiempo y esfuerzo, a los doctrinarios se les han escapado algunos aspectos que todavía no encuentran resolución.

En la tipicidad (elemento regulatorio) y en la antijuridicidad (elemento valorativo) no sucede lo mismo, porque las teorías no han cambiado mucho, conservan su esencia y sólo varían en grado o mejor aún, únicamente han ido complementándose para alcanzar la perfección. En ellas incidien en forma más leve los cambios por los sistemas.

Prácticamente el causalismo y el finalismo pusieron su mira en la conducta y en la culpabilidad y en ambas cifran la esencia de sus diferencias y el objetivo común de llegar a darnos una estructura más o menos perfecta, que nos resuelva la mayor parte de los problemas que se dan a diario en la práctica forense.

Atendiendo a esta premisa, al momento de darle estructura al sincretismo penal (que es la tesis que propongo), centré mi atención en los elementos subjetivo-material y normativo, recordando que son los basamentos de los mundos del ser y del poder y que expresan la pugna abierta entre lo que hice y lo que podía haber hecho.

Los cuatro elementos del delito que considero en mi concepción tienen la misma importancia desde el punto de vista de la valoración jurídica del delito porque si alguno de ellos nos llevase a faltar, no podríamos integrar a nuestro ente y sin remedio, tendríamos que declarar su inexistencia.

Ya lo había dejado entrometer, la conducta es una valoración que se sostiene prácticamente en lo que fue, en los hechos conocidos. La tipicidad es la adecuación a los requisitos del modelo legal y se sustenta en las consideraciones jurídicas (o formalmente antijurídicas) para descubrir si trascienden al mundo de lo punitivo.

En la valoración de la antijuridicidad se cañara la conducta asumida con el deber que emana de la norma concretizada; su finalidad es la de mostrarnos que ambos se contradicen y que el sujeto no puede amparar su actitud en una justificación legal y que por lo tanto, aquella debe ser considerada como un desvalor.

Hasta aquí, parece ser que la evaluación del delito nos muestra un aspecto que atiende más al daño que al autor, más a una fazeta material que a un sujeto y que pone en tela de juicio el carácter humanitario de la ciencia jurídico-penal, haciéndonos creer que solamente tiene interés por aquello que es objetivo.

La meta principal de los autores de la primigenia culpabilidad lo fue la de sacar del ámbito de lo punitivo la responsabilidad material que solamente se basaba en el daño, para atender en forma preponderante a lo que el autor había logrado, cuando actuó con querer y consciencia y el finalismo no pudo olvidarse de ella.

Una tendencia finalista integral, no puede prescindir de la causalidad, aunque tampoco de todo lo subjetivo que rodea al autor que actuó con una finalidad concreta y por ello, la valoración debe atender a lo subjetivo y a lo objetivo; es decir, a todas las circunstancias externas e internas que concurren al momento delictivo.

Las tres valoraciones anteriores a la culpabilidad, buscan preponderantemente descubrir la historia del daño, aunque atienden en un momento dado al autor. En cambio, ésta última quiere encontrar la verdad acerca del sujeto y de aquello que lo llevó a perpetrar una conducta típica y antijurídica.

Obviamente, los postulados generales de la ciencia jurídico-penal y de su normatividad fueron elaborados con miras a la individualización y con la tendencia a proteger el núcleo social; no podemos olvidarnos de que el delincuente también es parte de él y que su tutela debe alcanzarse, aunque se haya comportado mal.

No es el paternalismo mal entendido que adoptan los pseudo-estados de derecho, sino una protección efectiva, sin olvidar que el causante del daño es un transgresor de la ley y de los deberes que ésta impone y que al ofendido también deben resguardársele sus expresiones fundamentales de Derecho.

Con la valoración jurídica de la culpabilidad, la materia penal se humaniza, individualizando sus postulados sobre el autor concreto de una conducta típica y antijurídica concreta, para juzgarlo sobre bases éticas y corroborar si debe ser inculpaado o exculpado, con parámetros puramente normativos.

La nueva estructura de la culpabilidad que es adoptada por el sincretismo penal mira tanto al autor y a sus motivos como al daño que hubiese causado, atendiendo a parámetros ubicados en la consciencia del juzgador, que perviven en la normatividad no codificada de la sociedad a la que pertenece.

Esta culpabilidad normativa descubre la verdad que rodeó al delito; es el último eslabón de la cadena, dejando pendiente nada más la prueba y la comprobación de la responsabilidad, para proceder a individualizar e imponer las sanciones penales a un autor concreto del cual se conoce a ciencia cierta su historia.

Como en las tres valoraciones anteriores, en la de la culpabilidad se entremezclan aspectos subjetivos y objetivos, tomando preponderancia los primeros porque van a fundamentar el juicio de reproche al autor por la conducta que asumió; se está calificando al agente en función del daño que causó.

La valoración de la culpabilidad atiende al deber ser, lo mismo que la de la antijuridicidad en ésta la obligación es vista en su fase material, aprehende al deber ser objetivo (a lo que debe ser) y en aquélla, resulta psíquica porque considera al deber ser subjetivo (lo que podía ser), con base en todas las circunstancias.

Ya lo dije, la culpabilidad normativa desde el punto de vista del sincretismo penal atiende a las posibilidades del sujeto de respetar el deber ser de la normatividad jurídica codificada que pervive en el sentido de justicia de la persona que realiza la valoración.

La antijuridicidad es el juicio de valor sobre lo que el autor debía hacer y la culpabilidad se fundamenta en lo que podía hacer, basándose en las circunstancias concomitantes, concurrentes, en la motivación normal o en el nombre que quiera dársele al ejercicio de la libertad, a la exigibilidad y a la reprochabilidad.

La culpabilidad normativa en el sincretismo penal no es igual a la reprochabilidad, sino que es la suma de libertad de actuar, la exigibilidad y la reprochabilidad. Solamente cuando hayamos corroborado la existencia de estos tres elementos, podemos llamar culpable al autor de una conducta típica y antijurídica.

Los componentes de la culpabilidad tienen precisamente ese orden lógico-jurídico preestablecido por la ciencia para su valoración y no se nos permite alterarlo, a virtud de que solamente puede serle exigida una conducta al hombre que actúa en ejercicio de su libertad y nada más puede reprochársele lo que le es exigible.

Por ello, la culpabilidad no tiene grados, existe o no; lo que si podría ser susceptible de sufrir graduación lo es el reproche, pero aún un mínimo de este elemento, ya nos permite afirmar la calidad de culpable del agente y si varía, en nada la altera porque solamente puede influir en la individualización de las sanciones penales.

(181) LA NUEVA ESTRUCTURA DEL ELEMENTO NORMATIVO.

En este inciso únicamente voy a incluir un esquema de la temática que analizo en la teoría general del elemento normativo o culpabilidad, que pone fin al proceso de la valoración jurídica del delito y satisface el primero de los extremos que nos exige la CPEUM, en su artículo 19.

ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO NORMATIVO
<p>LA CULPABILIDAD:</p> <ol style="list-style-type: none">1. El presupuesto: El ejercicio de la libertad al actuar.2. Los elementos:<ol style="list-style-type: none">a) La exigibilidad.b) La reprochabilidad.3. Los temas auxiliares:<ol style="list-style-type: none">a) El concepto de la culpabilidad.b) La función de la culpabilidad.c) El juicio de culpabilidad.d) ¿El libre albedrío o el determinismo?e) Los grados del reproche.f) El elemento normativo y los incapaces.
EL ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO NORMATIVO
<ol style="list-style-type: none">1. La coacción.2. La no exigibilidad.3. La irreprochabilidad.

(C) EL ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO NORMATIVO.

Resulta necesario realizar un estudio amplio y más o menos detallado del elemento normativo o culpabilidad, que viene a ocupar el cuarto lugar entre los componentes sine qua non del delito, a fin de que al terminar la primera valoración constitucional declaremos su existencia o su inexistencia.

En el aspecto positivo de este elemento del delito veremos cuáles son los requisitos que deben ser probados y comprobados, para que pueda llegar a ser declarada la existencia del ente jurídico que debe prevalecer entre los elementos del delito, para entrar a este estudio, es necesario que ya hayamos comprobado la existencia de una conducta, de su tipicidad y de su anti-juridicidad y así podemos proceder a comprobar la presencia de la culpabilidad.

Por tradición se reconoció que la concepción dogmática del delito tenía a la culpabilidad en quinto lugar, a la cual, atendiendo a las reformas y a la concepción psicológica, la pedimos obtener de los artículos 80. y 90 del CPF, que nos hablan de las formas de culpabilidad: Dolo, culpa y preterintención.

El mencionado artículo 80. del CPF nos dice: "Los delitos pueden ser: I. Intencionales (dolosos); II. No intencionales o de imprudencia (culposos); III. Preterintencionales."

El precepto 90. del CPF dice: "Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la Ley. Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen. Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".

Es mi deber que haga la aclaración de que el CPF en ningún momento está aludiendo a que estos tres conceptos sean las formas que puede tener la culpabilidad y que, por lo tanto, puede adoptárselas como elementos de la conducta, de la tipicidad o de la culpabilidad, según sea la postura a la que nos afillemos.

Aunque si es de hacerse notar que si estimamos la culpabilidad normativa, causalista o finalista, está haciendo falta que el texto de la ley reglamente a la exigibilidad y a la reprochabilidad con sus aspectos negativos porque si no existen y las aplicamos, nuestra actuación resultará ilegal.

Hasta este momento, parece ser que las nuevas generaciones de penalistas simpatizan más con una culpabilidad normativa, bien sea que consideren que es acertada su perspectiva causalista, o bien que comprendan la postura que nos dió el finalismo y así, se hace necesaria la nueva reglamentación codificada.

Debemos recordar que todos los actos de autoridad y principalmente aquéllos que afectan la privación de algunos derechos para el directamente perjudicado, como lo son las actuaciones penales, deben estar precisamente fundados y motivados; es decir, deben contener consideraciones de hecho y de ley.

Los actos de autoridad deben ser legales y legítimos; por ello y por muchísimas otras razones que realmente son de peso y que han contentado los doctrinarios, debe pugnarse por una nueva codificación legal completa que contenga dentro de sus postulados las tendencias teóricas que dan resolución a algunos de los problemas.

Ya no hay lugar para la simple reforma, que únicamente introduce cambios parciales que no concuerdan con la esencia de las legislaciones vigentes y que tan sólo traen como consecuencia códigos penales parchados, que son tan inoperantes o más que aquellas disposiciones a las que se pretende substituir.

La nueva reglamentación de la culpabilidad debe incluir, en mi concepto, tres elementos en el aspecto positivo, que son: 1. El ejercicio de libertad, 2. La exigibilidad, 3. La reprochabilidad, los cuales van a llevarnos en un juicio de valoración jurídico-normativa a la afirmación de que el autor es culpable.

Es muy necesario que aprendamos a diferenciar entre culpabilidad y responsabilidad, porque cada una de ellas juega un papel muy diferente en las actuaciones penales y solamente la reunión de las dos da pie para que procedamos a individualizar e imponer las sanciones penales a un autor determinado.

Si bien es cierto que en la culpabilidad estamos individualizando los postulados jurídicos sobre el autor concreto de una conducta típica y antijurídica concreta, no menos cierto lo es que con ello no ha quedado demostrada su responsabilidad, porque aún nos hace falta atender a determinados aspectos.

La CPEUM es muy clara, al exigir en su artículo 19, que para el auto de formal prisión se hayan reunido los elementos de prueba suficientes para comprobar la existencia del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado y esto se aplica a la averiguación previa y a las sentencias.

Por lo tanto, es factible concluir que legalmente culpabilidad y responsabilidad no son lo mismo porque, aunque las dos son consideradas como los extremos constitucionales de los actos de las autoridades penales, una de ellas, la culpabilidad, se tiene como uno de los elementos que integran al delito.

Así pues, en la práctica procesal penal también debemos diferenciar entre la culpabilidad como el elemento normativo del delito y la responsabilidad, como el complemento necesario que nos permitirá proceder a individualizar e imponer las sanciones penales a la persona que cometi6 el delito.

Aparentemente es contradictorio decir que en el juicio de culpabilidad se individualizan los postulados penales en la conducta típica y antijurídica de un autor determinado y que todavía allí no queda comprobada su responsabilidad, mas no es así, porque la sola prueba de la existencia del delito no nos lleva a la punición.

Si son dos los juicios de valoración jurídica que exige la CPUM, tenemos que cumplir con ambos. Además, en la práctica actual, suele suceder con muchísima frecuencia, que la autoridad ministerial se avoque únicamente a comprobar la existencia del delito y así haga la consignación, sin llegar a la prueba de la responsabilidad.

(182) EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD.

Para que pueda llegar a brindarles un concepto propio de la culpabilidad, como elemento normativo del delito, y proceder a su estructura, es necesario que atienda un poco a sus antecedentes en el Derecho Romano, que es el que dio origen a la familia jurídica a la cual pertenece nuestro sistema.

En Roma, los delitos pertenecían al ius civile y se los clasificó en públicos y privados. Los delitos públicos (crimina) ponían en peligro a toda la comunidad, se los perseguía de oficio o a petición de un ciudadano, eran sancionados con las penas públicas y tenían un origen militar o religioso.

El antiguo Derecho Romano únicamente concebía que los crimina pudiesen cometerse en forma dolosa. Ya para el período preclásico, es admitida también la posibilidad de que a los delitos públicos se los perpetre por culpa, tomando a la imprudencia y a la negligencia como sus especies.

Al lado de los delitos existían los cuasi-delitos. ALBERTARIO y BONFANTE (1224) tratan de encontrar una diferencia entre ellos: Los delitos se fundan en el dolo y los cuasidelitos, en la culpa. Así se reconoce que la comisión de los actos delictivos puede ser dolosa o culposa.

CICEERON dijo: "culpa enim nomen genericum, quod continet non modo quiddam negligenter peccatum est et dolose et maliciose", (la culpa es nombre genérico, cuyo contenido son los modos negligentes de pecar y pueden ser dolosos o maliciosos). (1225)

BUCKLAND (1226) consideró que los cuasi-delitos implicaban responsabilidad por actos culpables ajenos. En el caso del juez que hacía suyo el litigio, dice que una conducta injusta, el D.5.1.15 decía que el cuasi-delito se producía porque el juzgador había obrado con mala fe; en otro lugar del Digesto y de las Instituta se admite que podría ser el resultado de la impericia (culpa). El *effocum et directum* de la *Lex Aquilia*, se extendió también a los casos de culpa.

CARRANZA y TRUJILLO explica: "Pero más tarde por influencia de la filosofía griega, Roma reconoció por fin que no puede darse delito ni pena, sin fundamento en la voluntad antijurídica, manifestada ya como la ofensa intencional a la ley moral y al Estado (dolus), ya como descuido o negligencia culpable (culpa), de donde se admitió enseguida que los hechos ejecutados sin intención ni culpa no eran plenamente sancionables, sino a lo sumo sancionables mediante la expiación religiosa". (1227)

En los primeros tiempos del Derecho Penal Romano se reconoce que, para que exista el delito, debe concurrir en una persona capaz de obrar (imputable), la voluntad de realizar una conducta contraria a la ley. Cuando surge en Roma la responsabilidad subjetiva (intención), se cuestiona la posibilidad de sancionar el homicidio culposo.

La intención le da al Derecho Penal Romano un espíritu más real. Con el tiempo, el Derecho Romano-germánico distingue en forma muy clara al hecho voluntario (doloso) y al involuntario (culposo) y, de cierta manera, se trata de dar una teoría de dolo, de la culpa y del caso fortuito.

En la era germánica y franca del Derecho Penal y en la Edad Media, se habló de la "responsabilidad por el resultado". En el siglo XIX, se introdujo la "responsabilidad por la culpabilidad" (aspecto subjetivo del delito), que toma su primera manifestación en el psicologismo, con el dolo y la culpa como sus especies.

Hasta principios del presente siglo, casi todo el mundo acepta que la culpabilidad es el dolo o la culpa (pocos mencionan a la preintencionalidad) y no se preocupan por encontrar un concepto propio para nuestro elemento, habida cuenta de que se agota en las formas en que puede ser manifestada.

En el lenguaje cotidiano, se emplea a la responsabilidad como sinónimo de la culpabilidad. Como dice REYES que "se escucha así la afirmación de que alguien es culpable de la muerte de un hombre, cuando lo que se quiere significar es que se le ha encontrado responsable de un delito de homicidio". (1228)

(1224) FLORIS MARGADANT. El Derecho Romano Privado, pp. 432 y ss. Editorial Esfinge. México, 1965.

(1225) Citado por REYES. La culpabilidad, p. 17. Universidad del Externo de Colombia, Bogotá, 1982.

(1226) FLORIS MARGADANT. Op. cit., pp. 432 y ss.

(1227) CARRANZA Y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano. Tomo I, p. 18. Antigua Librería Robredo. México, 1945-46.

(1228) REYES. Op. cit., p. 17.

El campo de la doctrina jurídica no ha sido menos impreciso para denominar a la culpabilidad. Recordemos que CARRARA la llamó "fuerza moral", los psicologistas la nombraron "causalidad psíquica", otros le dijeron "referibilidad psíquica", algunos la llamaron "atribuibilidad" y más modernamente "reprochabilidad". (1229)

Las traducciones sinónimas de la culpabilidad son, entre otras: Schuld (en alemán), colpevolezza (italiano), culpabilité (en francés), culpability (en inglés) y culpabilidade (en portugués), con un significado literal más o menos semejante, aunque todavía se difiera en el concepto jurídico.

Desde el punto de vista de la científicidad jurídico-penal comparada, existen tres conceptos que son universalmente reconocidos, a saber: El psicológico, el normativo-causalista y el normativo-finalista, con una multiplicidad de adeptos cada uno, quienes nos dan su propio concepto.

La culpabilidad ha tenido una evolución lo suficientemente marcada porque, si bien es cierto que en los albores de Derecho Penal bastaba con un dano, sin que importase si este provenía de la psiquis del individuo, no menos cierto lo es que después se atiende a lo subjetivo y en épocas más recientes a lo reprochable.

Así, la "responsabilidad por el resultado", le sigue un concepto psicológico escueto; posteriormente, el aspecto psicológico debe ser rechazado, atendiendo a parámetros de normatividad y el concepto de la culpabilidad se bifurca; en cambio, en su último estadio, se trata de conservar solamente el momento del reproche.

BATTAGLINI, encendido defensor de la teoría psicológica, explica que a la culpabilidad debe hallársela en la consciencia y en la voluntad del acto que ha realizado el sujeto o en la relación psíquica entre el hecho material y el sujeto que lo ha llevado a cabo. (1230) ALLMENA habla de un lazo de dependencia espiritual. (1231).

VON LISZT habló de un psicologismo caracterológico y dijo: "La relación subjetiva entre el hecho y su autor solo puede ser psicológica; pero, si existe, determina la ordenación jurídica en consideración valorativa. Según ella, el acto culpable, es la acción dolosa o culposa del individuo imputable". (1232)

El mismo autor termina así: "De la significación sintomática del acto culpable, respecto de la naturaleza peculiar de su autor, se deduce el contenido material del concepto de culpabilidad; este radica en el carácter asocial del autor, cognoscible por el acto cometido". (1233)

RANIERI supone que si la culpabilidad es la forma en que se manifiesta la voluntad de una persona con respecto al hecho ilícito, teniendo como fundamento los motivos que lo impulsan y su estado psíquico, la expresión de las condiciones psicológicas que caracterizan al sujeto (carácter) son su esencia. (1234)

GEMELLI toma en consideración la manera en que el sujeto prepara, manifiesta y actúa la acción, para entender como ha manifestado su personalidad. Así, para proceder a la atribución y a la responsabilidad, debe tomarse en cuenta las características de la voluntad que son el factor discriminativo y decisivo. (1235)

-
- (1229) REYES. *La Culpabilidad*, p. 18. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá. 1982.
- (1230) BATTAGLINI. *Diritto Penale. Parte Generale*. p. 224. Padova, 1949.
- (1231) ALLMENA. *Il Concetto Unitario del Reato Colposo*. Rivista di Diritto Penale. Tomo XI, pp. 250-251. Padova. 1939. MENDOZA TRONCONI define a la culpabilidad como: "El nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto". *Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General*. Tomo II. pp. 188. Empresa El Cojo, Caracas, 1966.
- (1232) VON LISZT. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. parágrafo 36. Editorial Reus. Madrid. 1955.
- (1233) VON LISZT. *Idem*.
- (1234) RANIERI. *Il Problema della colpevolezza*. pp. 175-176. Torino. 1945.
- (1235) GEMELLI. *Introduzione alla psicologia*. p. 295. Giuffrè Milano. 1954. Citado por REYES. *Op. cit.*, pp. 21-22.

Como complemento del psicologismo y de la teoría caracterológica surge el normativismo (causalista), que niega al hecho psíquico para conceptuar a la culpabilidad y explica que ésta es un juicio que se emite sobre quien, habiendo podido comportarse de acuerdo al deber que le era exigible, ha actuado en modo contrario a él. (1236)

GOLDSCHMIDT varía a la culpabilidad normativa al introducir el deber-poder, completando su concepto: "Ese actuar anti-jurídicamente solo le es reprochable en la medida en que pudiendo actual conforme al ordenamiento y teniendo el dominio del hecho, se comportó culpablemente; de esta manera la culpabilidad resulta un (querer que no deber ser)". (1237)

Así, la culpabilidad es la irreprochable no motivación de la voluntad, a pesar de haberse representado el deber. Hace a un lado el juicio de reproche de FRANK para acentuar el aspecto de que el sujeto haya asumido una conducta reprochable porque debía y podía. (1238)

JIMÉNEZ DE ASUA reconoce que la concepción normativa se fundamenta en el reproche (aspectos psicológico, de la motivación y caracterológico) y en la exigibilidad y estima que la culpabilidad se concreta en un juicio de referencia que desemboca en la irreprochabilidad de la conducta asumida. (1239)

Lo que debe serle reprochado al agente es el hecho de que haya actuado de una manera diferente a las obligaciones que le imponen las normas de conducta, a la cual GOLDSCHMIDT reconoció como normas de deber. (1240) La existencia de la norma de deber hace que la conducta sea exigible y por ende, reprochable.

Para REYES, "la ejecución del hecho típico y anti-jurídico por alguien que lo hizo como resultado de una operación mental en la que intervinieron consciente y libremente las esferas intelectual, afectiva y volitiva de su personalidad, es lo que se conoce con el nombre genérico de culpabilidad". (1241)

El mismo autor concluye en los siguientes términos: "Consideramos, pues, que la culpabilidad puede definirse como la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto el agente actúa en forma anti-jurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente". (1242)

Los finalistas tratan de encontrar una teoría normativa pura y nos dicen que la culpabilidad es un puro juicio valorativo de reproche que se le hace a una persona por haber actuado anti-jurídicamente, teniendo la posibilidad de conocer lo injusto de su hecho, en la voz autorizada de MAURACCH. (1243)

(1236) FRANK. *Ueber die Aufbau des Schuldbegriffs*, p. 4. Munich, 1907.

(1237) GOLDSCHMIDT. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. pp. 23-24. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1943.

(1238) GOLDSCHMIDT. *Op. cit.* pp. 23-24.

(1239) JIMÉNEZ DE ASUA. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. parágrafo 1508, p. 164. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1976.

(1240) Idem. *GOLDSCHMIDT. Op. cit.* pp. 23-24. ESTUCCI alude a la relación de contradicción entre la voluntad de la norma y la voluntad individual. Se dice que hay responsabilidad por la culpabilidad porque el agente ha querido diversamente a como debía querer, dadas las concretas condiciones en que se hallaba. *Diritto Penale*. pp. 306-307. Editrice Priulla. Palermo. 1962. ARTEAGA considera que la culpabilidad es el aspecto subjetivo de la anti-juridicidad y se caracteriza "por la actitud de la voluntad ...itaria al deber que impone la norma o, en otras palabras, por la reprochabilidad". Se trata de un juicio que valora la acción del sujeto como reprochable "en cuanto que puede ser referida a una voluntad contraria al deber". *La Culpabilidad en la Teoría General del Hecho Punible*. pp. 78-79. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1975. Citado por REYES. *La Culpabilidad*, pp. 25. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá. 1982.

(1241) REYES. *Derecho Penal*. Parte General. p. 257. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1984.

(1242) REYES. *Op. cit.*, p. 261.

(1243) MAURACCH. *Tres Conferencias*. p. 214. Universidad del Externado de Colombia. 29 y 30 de septiembre y 12 de octubre de 1965.

WEIßEL indica: "La culpabilidad, en cambio, no se agota en esta relación de disconformidad sustancial entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor en el sentido de que no omitió la conducta antijurídica, aunque podía omitirla". (1244)

Ahora bien, para mi teoría, ¿Qué es la culpabilidad? Para poder precisar los elementos que orientamos prácticamente a todo el concepto del delito. Así logramos saber las razones por las cuales voy a adoptar una postura que, aunque no es nueva, sí es diferente a lo que hemos conocido.

Es obvio suponer que el delito como ente jurídico está constituido por elementos objetivos (aspectos materiales) y elementos subjetivos inherentes al autor de la conducta que será calificada como típica, antijurídica y culpable, que culmina con el ejercicio de la acción punitiva del Estado.

Los elementos objetivos del delito atienden al daño causado (lesión, puesta en peligro, controversia o destrucción del bien jurídicamente amparado), a la alteración que se da en la realidad fáctica, relacionándola con los parámetros jurídicos, para verificar que se concretiza un delito-tipo y se da la contrariedad al deber ser.

Las valoraciones que atienden preponderantemente al aspecto objetivo del delito son realizadas en los elementos regulador (tipicidad) y valorativo (antijuridicidad), en las cuales no se toma en cuenta el sentir del autor, sino únicamente aquello que ha causado con su comportamiento.

Los aspectos subjetivos de la tipicidad y de la antijuridicidad son valorados en el uno en el elemento subjetivo-material (conducta) y el otro, en el aspecto normativo (culpabilidad). La conducta valora la subjetividad, con relación a loos aspectos materiales del delito; es decir, con respecto al daño causado.

En cambio, en la culpabilidad se individualizan los postulados del sistema jurídico-penal, atendiendo preponderantemente al autor, a su sentir, a sus motivaciones, al dominio del hecho, a todas sus características personales. El juicio de la culpabilidad lo es de autor y no de hecho dañino ni punible.

En sentido opuesto, los juicios valorativos de la conducta, de la tipicidad y de la antijuridicidad son fincados sobre el hecho dañoso, aunque en un determinado momento atiendan a algún aspecto subjetivo. La valoración de la culpabilidad es puramente normativa y se hace sobre el autor del hecho típico y antijurídico.

En fin, el juicio de la valoración jurídica de la responsabilidad atañe al hecho dañino, al autor y al hecho punible. Por ello, parece que la evaluación de la culpabilidad adquiere mayor preponderancia sobre las demás porque toma en cuenta al autor de la conducta que fue calificada como un desvalor.

Los juicios de valoración de la conducta, de la tipicidad, de la antijuridicidad, de la culpabilidad y de la responsabilidad los son de referencia; algunos se refieren al hecho dañoso, otro al autor y el último, al hecho dañino, al autor y al hecho punible. Cada uno de ellos va complementando al subsiguiente.

Todos ellos, además de estar referidos al hecho o al autor, también hacen referencia a los parámetros de la normatividad jurídico-penal, dado que en ella encuentran las indicaciones para evaluar los aspectos que deben considerarse, al momento en que es realizada la valoración, para darles su fundamentación legal.

El juicio de valoración de la culpabilidad, adquiere una característica muy especial, puesto que además de darnos la fundamentación legal va a brindarnos motivos para declarar culpable al autor de una conducta típica y antijurídica, que debe ser sancionada con una pena o medida de tratamiento especializado.

El juicio de culpabilidad finaliza con el reproche; amparo la culpabilidad no es solamente lo reprochable, atiende al ejercicio de la libertad al momento de actuar, a la exigibilidad de una conducta acorde a los parámetros jurídicos y a la reprochabilidad del comportamiento asumido por el autor.

El orden que no le ha dado a los elementos que integran a la culpabilidad normativa que postula el sincretismo penal, es preestablecido, al igual que en todos los componentes de los elementos y de los elementos entre sí. Es lógico decir que lo actuado libremente pueda ser exigido y que esto se reproche.

Con el reproche culmina la culpabilidad, más ella no es igual a aquél; el uno afirma a la otra y ésta es una suma de tres aspectos: Libertad, exigibilidad y reprochabilidad. La conducta es reprochable cuando se actuó con libertad y en la medida que es exigible, pero no es culpable en la medida en que es reprochable, sino porque se puede reprochársela a su autor en el grado que sea.

Un mínimo de reproche es suficiente para considerar que el autor de la conducta típica y antijurídica es culpable. La culpabilidad no tiene límites ni graduaciones, como se ha creído, es o no es, pero no puede "medio ser".

En cambio, el reproche tiene su límite en la exigibilidad y también sus grados varían de acuerdo con las motivaciones y las circunstancias concurrentes, porque ellos nos indican en qué medida tenía el autor el dominio del hecho; es decir, hasta que punto podía haber actuado de manera diferente.

La culpabilidad es un juicio personal de valoración jurídico-penal, que es elaborado con parámetros de normatividad legal y extralegal, que perviven en la conciencia de la autoridad que realiza la evaluación, para darle un carácter más humanitario a nuestra disciplina y realizar la justicia distributiva.

Vamos a ver, ¿por qué hablé de la personal valoración jurídico-penal? Porque el juicio será hecho atendiendo preponderantemente a las características del autor de la conducta típica y antijurídica: A su libertad de actuar (motivación), a la exigibilidad (circunstancias que lo influyen) y a la reprochabilidad (dominio del hecho).

Estos tres momentos de la valoración de la culpabilidad deben estar reglamentados en forma genérica en las legislaciones, para cumplir con el requisito de la fundamentación y evitar que los actos de la autoridad vayan más allá de lo previsto en la normatividad penal y que a la vez se propicie la inpenidad.

Los parámetros legales son complementados con cuestiones extralegales, que atienden preponderantemente a la situación de hecho en la cual se desenvuelve el autor y que no pueden más que ser reglamentados en términos generales, dado que en la práctica o pueden darse actúos preestablecidos.

No podría decirse en forma exacta que la exigibilidad de una conducta acorde a lo jurídico se dé en esta y en aquella situación porque los modelos delictivos salen sobrando si se intenta estipularlos en todas sus características, ya que nunca habría una adecuación exacta a ellos.

Por ello, el tipo legal que estipule la no exigibilidad de otra conducta, es del rango de los abiertos, pudiéndose complementar con aquella situación de hecho que la autoridad considere que reúne las características necesarias para exculpar al autor de una conducta típica y antijurídica.

Afirmar lo anterior no significa que, aparte de la normatividad legal, porque ella considerará en forma amplia los casos en que no es exigible un actuar diferente, dejando al libre arbitrio del juzgador las causas que pueden y deben colmarlo y permitiéndole ejercitar su sentido de justicia.

En este caso, el criterio jurídico de la autoridad que realiza la valoración se amplia, permitiéndole realizar la justicia distributiva, que es un anhelo permanente del sistema de normatividad sancionada y le da a la ciencia jurídico-penal un sentido más humanitario, que atiende al autor, a sus motivos y a sus posibilidades.

Con ello, la culpabilidad en el sincretismo penal se vuelve puramente normativa, porque desde un principio se deshizo del nexo psíquico entre el autor y el resultado; al dolo, a la culpa y a la preterintención, los mandó muy lejos, al lugar en donde desde siempre debían haber estado y de donde no deben salir: A la conducta.

Pienso que a más de que con esto logró un concepto normativo puro para la culpabilidad, a la cual denominó precisamente "elemento normativo del delito", doy un giro más fino a la teoría finalista de la conducta y precisé una estructura más adecuada para el ente jurídico-penal. Claro que esto digo yo, espero la crítica.

Mis elementos del delito han quedado bien limitados, con los aspectos necesarios para corroborar su existencia y evitar la dualidad de valoraciones, que siempre han sido un problema en la práctica penal forense porque, aunque una valoración considere un elemento de otra, lo hará en un aspecto diferente y para complementarlo.

El sincretismo penal es hoy por hoy, lo digo para echarme porras, la teoría menos complicada que existe en el ámbito jurídico-penal, habida cuenta de que la procurado atender a todos los aspectos y elementos del delito, sin deschar lo que rige en nuestro sistema jurídico-penal y completando las teorías existentes.

(183) LA FUNCION DE LA CULPABILIDAD.

Todo el sistema jurídico-penal ha sido creado con un fin. Lógicamente, el hombre, al postular en sus normas conductas preceptivas y prohibitivas, ha querido proteger con ellas los valores fundamentales que son la base sobre la cual descansa el statu quo de la sociedad, que un día se decidió a formar.

En el área jurídico-penal, es en la rama del sistema en la cual encontramos una mayor manifestación del poder coercitivo del estado que, como órgano de represión, se encarga de proteger la seguridad de la colectividad y debemos impedir que se convierta en un subjetivismo amado de poder.

La tarea no es de fácil resolución y es al juzgador de lo penal a quien le corresponde cumplir con las normas punitivas, con base en la calificación de aquellas conductas que al aparecer, junto con todos los demás requisitos que establece la teoría del delito, tendrán un carácter delictivo.

Con base en la declaración de culpabilidad de autor, se dará pie a la valoración de su responsabilidad y será individualizado e impuesto el castigo a la conducta reprochable. Esto puede llevarnos a la consideración de que la culpabilidad y la pena son los conceptos que adquieren mayor relevancia en nuestra disciplina.

Cabe hacer el recordatorio de que por allí existe un adagio jurídico que proclama: "Nullum crimen nulla poena sine culpa" (no hay delito ni pena sin culpabilidad), que fue elegido por mí para denominar al capítulo cuarto de la sección dedicada al delito en mi tesis de grado.

Al hablar del delito no puedo menos que reconocer que la base para su estudio integral lo es la previa división en un determinado número de elementos. (1245) Ya dije que ésta es una ficción, como lo es toda su estructura y la de la responsabilidad, porque en la práctica no podríamos seccionarlo ni ordenarlo.

Dicho es que podemos descomponerlo con esa base, en varios elementos y estos a su vez en otros componentes: los pensamientos a este respecto son diversos y encontramos desde aquellas posiciones que incluyen un número de dos, hasta las que reconocen siete, con base en diferentes combinaciones. (1246)

(1245) SUPRA. Sección Preliminar. Inciso (F). Número (38). El concepto de los Elementos del Delito.

(1246) SUPRA. Sección Preliminar. Inciso (E). Las concepciones del Delito.

Así sea aceptada una posición bitónica o hasta la heptatónica, la culpabilidad siempre ha sido admitida como elemento del delito o como componente de algún otro elemento, forma parte de su base estructural. Mas existe quien considere que la culpabilidad es el fundamento o límite de la pena. (1247)

(a) LA CULPABILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.

Una primera opinión, a la cual me adhiero, está por considerar que la culpabilidad juega un papel estructural en el delito considerado como ente jurídico. (1248) Esto es, se estima que el ilícito penal puede descomponerse en varios elementos, que al coexistir con la culpabilidad darán a ala conducta un matiz delictuoso.

Es necesario recordar que el vocablo elemento significa móvil, fundamento o parte integrante, en este caso, del delito. Se alude a los elementos del delito en la CPEUM, al redactarse las garantías a los derechos en materia penal y ésta es una postura casi generalmente aceptada en la práctica forense. (1249)

Dentro de a doctrina mexicana tradicional, se define a los elementos del delito como aquellos componentes sine qua non, indispensables para su existencia (en general o en especial). (1250) Esto es, que cada figura delictiva contiene los elementos generales, más los especiales que menciona para ella su propio delito-tipo.

Se habla también de una división en elementos del delito esenciales o accidentales, que a su vez pueden ser de rango de los genéricos o del de los específicos. (1251) Dentro de los que pertenecen a la primera de las categorías enunciadas, hago que sobresalgan los siguientes:

1. Elemento esencial general subjetivo-material: Comprende a las formas de manifestación de la voluntad, a la voluntad simple o consciente, a la intención, a los resultados y a la relación entre la conducta y el resultado.

2. Elemento esencial general regulador: Se traduce en la adecuación, conformidad o concretización de un delito-tipo determinado.*

3. Elemento esencial general valorativo: Lo es la contrariedad al deber ser jurídico-penal, que no encuentra una justificación legal.**

4. Elemento esencial general normativo: Resulta ser la culpabilidad, considerando la teoría normativa (causalista o finalista) y se cumple, de acuerdo con el sincretismo penal, con el ejercicio de la libertad al actuar, la exigibilidad y la reprochabilidad.

* Sus elementos son: La existencia del delito-tipo y la adecuación total a él.

** Compuesto por: La existencia del deber ser jurídico-penal y la contrariedad a él.

Los elementos esenciales genéricos se encuentran en toda figura delictiva y le imprimen un sello particular. En mi tesis del sincretismo penal, considero únicamente para la composición del delito a los cuatro que acabo de enunciar. Los llamo subjetivo-material, regulador, valorativo y normativo y todos ellos concurren a concretar a un modelo terminado.

(1247) MEDINA HERNANDEZ. Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), p. 34. Tesis de Licenciatura. Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.

(1248) MEDINA HERNANDEZ. Op. cit., p. 31/4.

(1249) Artículo 13 CPEUM, "en el que se expresaron el delito que se le impute al acusado, los elementos que constituyen aquél...". Ver también el precepto 115, fracción I, del CFPD.

(1250) PORTE PETIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p. 441. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979.

(1251) SUPRA. Sección Preliminar. Inciso (F) Número (39) La Clasificación de los Elementos del Delito.

Cada uno de mis elementos tiene su aspecto negativo, cuya finalidad es impedir su concreción en el mundo jurídico-penal, a saber: Ausencia de conducta (del subjetivo-material), atipicidad (del regulador), justificantes (del valorativo) e inculpabilidad (del normativo).

En el orden lógico del aspecto positivo del delito, la culpabilidad (o elemento normativo) debe aparecer inmediatamente después de la antijuridicidad (o elemento valorativo). Es el único juicio de valoración en el cual la normatividad jurídico-penal individualiza sus postulados sobre el autor de una conducta típica y antijurídica.

Por ser una función de nuestra disciplina la de individualizar sus disposiciones, para sancionar penalmente conductas y regular el comportamiento de los individuos en la sociedad, la culpabilidad pasa a ocupar un lugar por demás trascendente en la concepción dogmática del delito, como uno de sus elementos.

(b) LA CULPABILIDAD COMO LIMITE O FUNDAMENTO DE LA PENA.

La segunda de las posiciones sobresalientes en este ámbito se inclina por comprender que la culpabilidad juega un papel muy importante en la teoría del delito, como límite de la pena. (1252) Es menester que entendamos qué es lo que quiso darse como significado a la expresión "límite de la pena".

De acuerdo con el diccionario, "límite" quiere decir: Término, confin, lindero de provincias, posesiones, etc. Fin o término, o bien límite del cual no puede pasar el valor de una cantidad. (1253) En atención a lo anterior, se entiende que la culpabilidad será el marco de referencia con base en el cual el juzgador tasará la sanción.

Este pensamiento no resulta ser muy exacto, porque para fijar las sanciones de las personas capaces, la autoridad judicial deberá atender además a otros parámetros que marcan los artículos 51 y 52 del CPF, que atienden a las generalidades del delito, de su autor y de la persona ofendida.

Correctamente pienso que se quiso decir que la culpabilidad puede ser un presupuesto o un fundamento de la pena, tomada ésta en su sentido estricto (sanciones penales-penas, para personas capaces); en razón de que no podría ser sancionada una conducta, en tanto el sujeto no haya llenado previamente la calidad de culpable.

Para la teoría psicológica este postulado se expresaría así: "No puede aplicarse una pena si no se obró con dolo, culpa o preterintención". En el normativismo causalista, la fórmula cambiaría para quedar como sigue: "No hay sanción si la conducta dolosa no le es reprochable a su autor".

Atendiendo al normativismo finalista, quedaría al tenor de la siguiente frase: "No hay pena si la conducta exigible a un autor imputable no le puede ser reprochada". En mi pensamiento, además de probar la culpabilidad, nos hace falta comprobar la responsabilidad para proceder a la imposición de las sanciones penales a los capaces.

Con las personas incapacitadas mentalmente, el fundamento para imponerles una sanción penal, en su modalidad de medidas de tratamiento especializado la culpabilidad no funciona, debiéndose comprobar el grado de terribilidad social que representan, que también es una valoración normativa, como se explicará a su debido tiempo. (1254)

El diccionario define el vocablo "fundamento" como razón principal o motivo con el que se pretende afianzar o asegurar una cosa. (1255) Considerada esta definición, tenemos como resultado que es más cierto aseverar que en todo caso la culpabilidad es el fundamento de la aplicación de las penas.

(1252) MORENO HERNANDEZ comenta esta posición en su ponencia *Consideraciones Dogmática y Político-Criminales en torno a la Culpabilidad*. MEDINA HERNANDEZ. *Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo*. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), p. 34/9. Tesis de Licenciatura. Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.

(1253) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Editorial Espasa-Calpe. Madrid. 1970.

(1254) INFRA. Sección Segunda. Capítulo Cuarto. Inciso (C) Número (190). *El elemento normativo y los incapaces*.

(1255) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Op. cit.

Así, es fácil que podamos darnos cuenta de que los términos "límite de la pena" están mal empleados; como de costumbre, los doctrinarios penales no han utilizado los vocablos adecuados y crean confusiones para los estudiantes de nuestra disciplina; vuelvo a recalcar que es importante a precisión en este sentido.

Demos ahora otras en el curso de la historia de la teoría del delito para tratar de darle una explicación a esta postura. La Escuela Clásica del Derecho Penal entendió que nuestro ente consistía en una violación a una norma jurídico-penal. Así se habló de la vulneración a la norma prohibitiva o prescriptiva.

CARRARA dijo que el delito era la acción u omisión que amenazaba los derechos de los coesociados. En la responsabilidad penal se hace valer la praxis del libre albedrío. (1256) Así se dice que el hombre tiene libertad de obrar hacia el bien o hacia el mal, asegurándose esa elección libre.

Es exactamente con base en esa definición que se añade que la pena es un castigo, la retribución de un mal con otro mal. Se dice también que la culpabilidad o responsabilidad moral es el límite de ese castigo. Así, a nuestro elemento le es atribuida una función de política criminal: Limita la acción punitiva del estado.

Esto no me parece acertado, porque considero que la función principal de la culpabilidad se cumple cuando se la considera como elemento del delito y con todos los demás componentes de la responsabilidad, siempre va a ser uno de los presupuestos de la aplicación de las sanciones penales, mas solamente en su totalidad de penas.

Cuando estamos en la creencia de que la culpabilidad es el fundamento de la pena, sin distinguir entre pena y medida, encontramos una falla: ¿Qué pasa cuando se aplica una sanción sin que haya existido previamente este elemento del delito? Así, en los supuestos en que el sujeto es condenado a purgar una medida de tratamiento especializado.

O cuando solamente se hace una suposición de antijuridicidad, como en la llamada peligrosidad o en los delitos de sospecha. Aquí no se llena el requisito previo de la existencia de la culpabilidad, entonces ¿cómo podemos decir que sea el fundamento de la pena? Si hay otras bases para su aplicación, esta postura resultaría incompleta.

Un distinguido autor que dista mucho de ser clásico, nos dice que la culpabilidad no es sino un presupuesto de la pena, considerándola en su sentido estricto, y que el estado peligroso del individuo fundamenta la aplicabilidad de una medida de seguridad, donde no es preciso que la culpabilidad haya existido.

Completa su pensamiento diciendo que en los casos en que se considere al estado de peligrosidad, bastará con la simple suposición de la existencia de la antijuridicidad de una conducta o de un hecho, que tampoco es necesario que se prueba. En líneas anteriores hice referencia al pensamiento de WESSELS. (1257)

Yo pienso que por cuanto hace al "estado peligroso", es un tanto excesivo decir que con fundamento nada más en él, pueda aplicarse una pena, ya que con ello se violarían los derechos esenciales del hombre y se precipitaría la inseguridad jurídica para los miembros de la comunidad que legitimo al sistema.

Tanto las penas como las medidas de tratamiento especializado, deben encontrar su fundamentación en la existencia de todos los elementos del delito y de la responsabilidad y en el primer rubro se incluye a la culpabilidad y a la punibilidad, que se engloban en el común denominador de "elemento normativo".

(1256) INFRA. Sección Segunda. Capítulo Cuarto. Inciso (C) Número (185).
¿Libro Albedrío o Determinismo?
(1257) WESSELS. Derecho Penal. Parte General, p. 25. Editorial Depalma.
Buenos Aires. 1980.

Bien sea que se considere que el aspecto normativo del delito tiene la cualidad de ser elemento esencial general, fundamento, límite o fin de la pena, de cualquier manera tendrá que ser probado y comprobado como el último eslabón del ilícito penal y junto con la responsabilidad penal para que pueda dar lugar a la aplicación de las sanciones.

Pienso que, en última instancia, decir que la culpabilidad es elemento o fundamento es referirnos a lo mismo. Se estima que el término "elemento" significa "fundamento". Ahora, ¿cuál es la razón que se esgrime para darle a la culpabilidad un rango de elemento o de fundamento, desconociendo su cualidad?

¿Será simplemente por considerar que en un caso lo es del delito y en el otro de la pena? De ser así, no es válida la razón. Delito y pena son conceptos tan íntimamente relacionados, que no puede desvincularse. Bien puede decirse que la culpabilidad forma parte de los elementos del delito y que la pena se da como consecuencia de que todos ellos y la responsabilidad hayan quedado comprobados.

Así ser tenida la culpabilidad como elemento del delito, forzosa-mente pasa a ser presupuesto o fundamento de la pena, porque nuestro texto constitucional es bien claro al exigir como requisitos de los actos de las autoridades penales la comprobación del cuerpo del delito y de la responsabilidad.

Entiendo que presupuesto significa antecedente necesario para que se dé el consecuente; por tal razón, afirmo que la culpabilidad como elemento del delito, es a su vez el presupuesto o fundamento de la imposición de las penas.

ROXIN es de ideas muy diferentes y para él, en la culpabilidad no importa el hecho de que el autor haya podido actuar de otra manera, sino que el legislador, desde los puntos de vista jurídico-penales, quiera hacerlo responder por su actuación. Por ello, sugiere cambiar el término culpabilidad por el de responsabilidad. (1258)

Acepta tres elementos: El tipo y la antijuridicidad para el injusto y la responsabilidad, otorgándole a esta última categoría, una función de política criminal; toda vez de que responde a las necesidades jurídico-penales de sancionar cada uno de los casos concretos con una pena determinada. (1259)

La necesidad de aplicar sanciones solamente puede ser deducida por el legislador y por el juez sobre las bases de la teoría del fin de la pena, porque desde el punto de vista de esta teoría racional no puede haber otra base para la decisión. El grado de responsabilidad es, por lo tanto, el ámbito en el que la política criminal penetra directamente en la dogmática jurídico-penal. (1260)

El contenido de los fines de las penas está determinado conjuntamente por conocimientos criminológicos, sociológico-jurídicos y filosófico-jurídicos; así, la dogmática se encuentra en una estrecha relación con las ciencias básicas. (1261)

(1258) ROXIN. *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal*. pp. 71/3. Editorial Reus. Madrid, 1981. Con anterioridad había afirmado que la culpabilidad tiene mucho que ver con la situación problemática de si conviene o no sancionar penalmente determinada conducta y que esto es más importante, que averiguar si el agente pudo o no actuar diversamente, porque esta cuestión empírica es muy difícil de comprobar. "La famosa polémica sobre si el dolo pertenece al tipo o a la culpabilidad es un problema aparente. El dolo es esencial para el tipo, porque sin él no se puede precisar en la forma que lo exige el estado de derecho la descripción legal del delito; pero es igualmente relevante para la culpabilidad porque debe delimitar su forma más grave de la más leve (la imprudencia) y por eso debe configurarse su contenido de acuerdo con los principios valorativos de estas categorías". *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. pp. 40 y 80. Editorial Bosch. Barcelona. 1972.

(1259) ROXIN. Op. cit., pp. 71/3.

(1260) ROXIN. Op. cit., pp. 71/3.

(1261) ROXIN. Op. cit., pp. 71/3.

(c) OTRAS POSTURAS.

Existe un pensamiento diferente a los anteriores, que no es sino una mezcla o ramidaje de ambos. Es aquel que escriben los conciliadores, aquellos que tratan de alojar a la ciencia jurídico-penal de tanta discrepancia.

MORANO HERNANDEZ lo comenta en estas líneas: "Una postura intermedia, en cierta forma moderada y razonable, entre estos y los que sin objeción alguna reconocen a la culpabilidad las anteriores funciones, que sin duda, son la doctrina dominante en la actual Ciencia del Derecho Penal, es adoptado por aquellos autores que si bien critican duramente el concepto de culpabilidad, no se van al extremo de rechazarla, sino que ven la conveniencia de su mantenimiento y sólo le señalan algunos correctivos". (1262)

En México, los altos tribunales han establecido: "Al consignar la ley en su artículo 8º (antes de las reformas de 1984) que los delitos son intencionales o de imprudencia, está consagrando la necesaria culpabilidad del agente activo de la infracción. La ausencia de la culpabilidad no impide que la conducta externamente considerada encaje en el tipo o descripción legal; pero el hecho de que no se consigne en el catálogo de las excluyentes la ausencia de culpabilidad como circunstancia que impide la incriminación, no significa que no pueda dictarse sentencia absolutoria". (1263)

Voy a dar razones para considerar que en cuando el concepto de la culpabilidad encubre en un momento crítico lo hace más falto a la teoría del delito que a la política criminal, porque de cualquier manera, en las dos le toca jugar un buen papel.

Si bien es cierto que a la culpabilidad se le estima como presupuesto, como fundamento o como fin de la pena, o bien como elemento del delito, de cualquier manera se acertará colocarla en este último lugar dado que una forma o de otra, si ella no llegara a configurarse no podría serle aplicada una pena a las personas imputables.

Las posturas del presupuesto, del fundamento y del elemento deben quedar en una sola, también en consideración que todos los elementos del delito y la prueba de la responsabilidad deben ser presupuesto y fundamento para la aplicación de las penas y de las medidas de tratamiento especializado, ya que en la hipótesis de que llegara a presentarse el aspecto negativo de uno solo de ellos, no podría procederse a la sanción.

Así vemos que el elemento subjetivo-material (o conducta) es el presupuesto o fundamento de la tipicidad (o elemento regulador), ésta lo es de la antijuridicidad (o elemento valorativo), ella lo es del elemento normativo (culpabilidad o temibilidad), él, de la responsabilidad y todos ellos lo serán de las sanciones.

En el caso de que llegara a faltar el presupuesto, fundamento o elemento inmediato anterior, no podría presentarse el inmediato posterior y por ende no habrían sanciones penales, puesto que cada uno de los elementos del delito y la responsabilidad constituyen su presupuesto, elemento o fundamento.

Un consejo: En vez de adentrarnos en cuestiones tan intrascendentes, limitémonos a resolver problemas más esenciales como lo es el de darle una estructura adecuada a las teorías del delito y de la responsabilidad y dejemos que la culpabilidad permanezca en el sitio que le corresponde: Jugar un papel estructural en el delito.

Es imprescindible pensar que la culpabilidad, como elemento del ente jurídico-penal, se enfoque hacia el fundamento de la aplicación de la pena. Yo prefiero llamar al cuarto componente del delito elemento normativo, porque así puede tomar dos formas: Como culpabilidad (para capaces) y como temibilidad (para los incapaces).

(1262) MORENO HERNANDEZ Consideraciones Dogmática y Politico-Criminales en torno a la Culpabilidad. pp. 1-2. Ponencia. Sine dato.
(1263) B.I.J. Tomo XI, p. 584.

El elemento normativo es una categoría *sine qua non* para la imposición de las sanciones penales (penas y medidas de tratamiento especializadas); se traduce en una relación entre el hecho, la ley y el autor, que es complementada con la prueba de la responsabilidad y ambas fundamentan al castigo.

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

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

La teoría del fin de la pena, que postula ROKIN, quiere darle el mismo objetivo a la culpabilidad y aun más, pretende fundirla en la responsabilidad, lo cual, al menos en nuestro sistema jurídico, no es dable, dado que se diferencia entre culpabilidad y responsabilidad.

Es posible decir que sea que se la considere como elemento del delito, presupuesto o fundamento de él mismo o de la pena, o bien como fin de la pena, de cualquier manera cumple con una doble función: La puramente dogmático-jurídica y la de política criminal.

(184) EL JUICIO NORMATIVO.

Una vez que hemos aceptado que el elemento normativo (culpabilidad o temibilidad) juega un papel estructural en la teoría del delito, independientemente de todas las demás funciones que pretendan asignársele, debo aludir a lo que es el juicio normativo y a la manera en cómo se desenvuelve.

En primer lugar, hago una aclaración que es pertinente: A cada uno de los elementos del delito procuré darles una nueva denominación acorde con la esencia del juicio valorativo que le corresponde concretar; así como con los siguientes elementos: El subjetivo-material, el regulador, el valorativo y el normativo.

Si conservé los términos originales que desde siempre han sido utilizados para designarlos, es porque quiero que se entienda de que estoy hablando y porque en determinadas ocasiones es posible identificarlos con la nomenclatura tradicional; así no evito las confusiones y las tautologías en mi redacción.

Más en el momento en que tengo que hablar del cuarto elemento del delito, no me es factible hacer referencia únicamente a la culpabilidad porque me estaría limitando, en el entendido que ésta funciona solamente en el tratamiento jurídico de las personas capaces, y con los incapaces ¿qué demonios hago?

Una de mis principales preocupaciones, desde que más o menos entiendo lo que es el sistema jurídico-penal, la ha sido la de buscar las bases necesarias para que las personas incapacitadas mentalmente sean tratadas con dignidad y que en todo momento se respeten los derechos esenciales que poseen.

Las anomalías mentales afectan la capacidad de entender de las personas, el aspecto intelectual, cognoscitivo o ético; empero, dejan íntegra su capacidad de querer, su esfera emocional, volitiva o psíquica, por ello sienten y aunque no comprendan, el mal trato los afecta porque pueden sufrirlo.

Tal vez, los incapacitados en su consciencia no pueden elaborar un juicio de comprensión acerca del mal trato de que son objeto, aunque esto no obsta para que el juzgador pueda apreciar que está siendo injusto y que su actitud contradice el espíritu de justicia que guía a todo el sistema de la normatividad jurídica.

Si la ciencia jurídico-penal pretende adquirir un carácter más humanitario y dignificarse, no puede echar al olvido que las personas mentalmente incapacitadas necesitan de un tratamiento justo que se asemeje al de las personas plenamente capaces y tiene que hacer hincapié en los medios para lograrlo.

A mí me suena absurdo oír que los incapaces no pueden cometer delitos, no entiendo porque hacen esta afirmación, si es posible que realicen conductas típicas y antijurídicas. Según creo, ya resolví el problema de la conducta, al introducir como uno de sus elementos a la voluntad simple. (1264)

Si su único problema es la incapacidad de entender, solamente ese aspecto diferencia su conducta de la de las personas capaces. Por lo demás, no creo que haya duda de que puedan manifestar su voluntad al exterior y darle cierta intensidad (dolosa o culposa). Respecto al resultado y a su relación con la conducta, no hay problema.

En cuanto a la tipicidad (elemento regulador) y a la antijuridicidad (elemento valorativo), tampoco existen complicaciones, habida cuenta de que son evaluadas desde su aspecto objetivo, sin que sea necesario atender a problemas de comprensión en el agente que realizó la conducta típica y antijurídica.

Por lo que toca al elemento normativo que va a valorar estas relaciones intimamente con el autor, si es necesario establecer las diferencias entre personas imputables e inimputables; por ello, lo he dividido en dos aspectos: Culpabilidad para capaces y temibilidad para los incapaces.

El juicio de valor del cuarto elemento del delito en mi concepción, va a tomar dos caminos; bien sea que se lo estime como culpabilidad o como temibilidad, en ambos casos habrá de sustentarse con parámetros de normatividad legales y extralegales, atendiendo al autor y al hecho dañoso.

Son juicios normativos de referencia a las características del sujeto activo del delito, con sus relaciones con las circunstancias que rodearon a la acción u omisión típica y antijurídica, adquiriendo preponderancia los aspectos subjetivos sobre los objetivos, porque además es un juicio de autor.

Hasta el momento de valorar al elemento normativo en su faceta de culpabilidad o de temibilidad, nada más nos interesa tomar en cuenta a la conducta que ha concretizado un modelo típico, su concreción con el deber ser jurídico-penal y a todas las peculiaridades de su autor, prescindiendo de su punibilidad.

La responsabilidad del autor y la punibilidad de la conducta debemos valorarlas en juicios subsecuentes, que a pesar de que están relacionados con la culpabilidad no la influyen para nada. Recordamos que no es lo mismo decir que una persona es culpable de un delito determinado que afirmar su responsabilidad en él.

Como voy a explicar en cada uno de los componentes de la culpabilidad, el juicio de su valoración se hace sobre las peculiaridades de un autor concreto, atiende a su libertad, a su exigibilidad y a su reprochabilidad, aunque haciendo referencia a lo que el común de la gente haría cuando se encontrara en las mismas circunstancias.

En el juicio de la temibilidad, la valoración es semejante, aunque no se la limita a determinados elementos como en el de la culpabilidad, sino que se amplía, atendiendo al poderamiento mental en todos sus aspectos y a la forma en que determina la actuación del sujeto afectado, refiriéndose a él mismo y no a un común denominador.

Para realizar la valoración del elemento normativo (culpabilidad o temibilidad), las autoridades deben tener un amplio conocimiento de la hermenéutica jurídico-penal, para hacer que entren en juego todos los aspectos necesarios que lo lleven a fincar una decisión justa acerca de la existencia del delito.

Hay que entender que a pesar de que en la procuración y la administración de justicia existen muchos auxiliares que son peritos en determinadas áreas y rinden sus dictámenes de acuerdo a su sapiencia, las autoridades deben tener por lo menos una noción de cada una de las especialidades, para interpretarlas.

(185) ¿LIBRE ALBEDRÍO O DETERMINISMO?

Existe una categoría cuya resolución es básica, para encontrarle todo su sentido a la ciencia jurídica. Se trata de saber si el hombre es libre para decidirse a actuar o su actuación se encuentra determinada por ciertos factores, porque si se afirma el determinismo, no tiene sentido regular la conducta social.

Antes de llegar a hablar de la evolución de la culpabilidad, fue necesario tratar lo relativo a la responsabilidad y a la atribución. Se dijo que nadie podría ser sancionado sin que antes se probara que fue culpable; al proceder a fincar un juicio de responsabilidad se precisa que exista una persona a quien atribuirle la conducta.

Para poder llegar a darle una resolución al problema de la atribución, tuvo que recurrirse a la gastada polémica que ha surgido en torno al libre albedrío y al determinismo de los actos. Así llegó a hablarse de las personas imputables y de los sujetos inimputables, con una revuelta de conceptos.

En materia de la doctrina jurídico-penal la imputabilidad ha pasado por múltiples estadios, que evidencian notables avances y retrocesos en la dogmática. Su evolución ha sido guiada por las transformaciones de la culpabilidad. Hay conceptos de todo tipo, con diversas influencias.

VON LISST definió a la imputabilidad como: "Comprensión y autodeterminación". Los psicólogos la entendieron como: "Capacidad de querer y entender". Las reformas al CPF la captan como: "Capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y determinarse de acuerdo con esa comprensión". (1265)

Atendiendo a los conceptos de culpabilidad, serían tres las tendencias principales: Psicológico (capacidad de querer y entender), normativismo (aptitud normal del autor-FRANK) finalismo (capacidad de discernimiento o de dirección y control-AURACII). (1266)

La imputabilidad tiene como primer fundamento una serie de conceptos de índole filosófica, tendientes a resolver el problema de las causas y las formas de conducta, a los cuales bien podemos agrupar en dos tendencias, que serán: a) El libre albedrío, b) El determinismo de los actos.

Va se ha discutido mucho sobre esto; los clásicos aceptaban que el hombre era libre y podía optar entre el bien y el mal y basaban la responsabilidad moral en el libre albedrío. Después vienen los positivistas a mostrar sus discrepancias, oponiéndose a la teoría, al decir que el hombre está determinado.

Con el determinismo, se afirma que el delito no es sino producto de factores endógenos y exógenos y habla de la responsabilidad social. Entre tanta divergencia, se llega al absurdo de considerar que todos los hombres, sean imputables o no, son responsables por el sólo hecho de vivir en sociedad y que se les debe castigar. (1267)

Nada más infructuoso, puesto que aún no se ha resuelto si el hombre está en posibilidad de elegir o se encuentra determinado por factores. De aceptarse que el problema está resuelto con el determinismo, que sentido tendría hablar de la normatividad jurídico-penal si es suficiente con atacar los factores.

(1265) MEDINA HERNANDEZ. ¿Qué hace la justicia penal por los inimputables? p. 52. Nota (22). Tesis del Curso de Derechos Especiales de Protección. Cursos de Doctorado. División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

(1266) Citado por MEDINA HERNANDEZ. Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia), pp. 68 y ss. Tesis de Licenciatura. Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

(1267) Con esto se llega precisamente al absurdo que trato de evitar: El de sancionar penalmente a los inimputables (con medidas de seguridad), con base en un incierto criterio de peligrosidad y conculcándose todas sus garantías.

ARISTOTELES pugna por el libre albedrío, relacionándolo con la voluntad de actuar; en el sentido de: que un acto es voluntario, cuando el ser humano lo ejecuta sin verse precisado a ello y, además, valora y realiza lo que ha elegido libremente en una forma que es reflexiva. (1268)

CATHERIN afirma que la libertad de autodeterminarse, después de que se ha tenido conocimiento, es el fundamento para llamar imputable a un hombre. Solamente cuando las acciones u omisiones proceden de nuestra voluntad, pueden sernos imputadas justamente las conductas que hemos realizado. (1269)

CARRARA alista la "teoría de la imputación", diciendo que es el más notable y radical progreso que ha tenido la ciencia criminal. Nos recalca que el sujeto activo del delito (agente) está relacionado con la ley moral, según los principios que informan al libre albedrío y a la responsabilidad humana. (1270)

RONDEAU, en 1787, propugna el determinismo de los actos, que tiene como su principal objeción de la remisión del libre albedrío. Le siguen la pista de **STUART MILL**, **LITRE**, **GHAROLIN**, **MOLESCHOTT** y, principalmente, los representantes de la nueva tendencia penal que recibe el nombre de positivismo, con **PERRI** a la cabeza. (1271)

Hasta que se prueba lo contrario, a partir de **RONDEAU**, se cree que el hombre está determinado al delito por las condiciones de su organismo y un conjunto de causas, externas o internas, en un cierto estado de abandono, al arbitrio de los factores y de las leyes naturales. Pensamiento que siguen sin reticencias algunos médicos.

Se fija en la "teoría de los factores determinantes"; la libertad individual es transferida a la sociedad y surge el concepto de la "responsabilidad social". El hombre (imputable o no) es responsable de todo lo que hace, por el simple hecho de vivir en una sociedad y ante ella debe responder. (1272)

JIMENEZ DE ASUA opina que "el problema del libre albedrío no se planteó sino hasta 1880, o por lo menos no se planteó de un modo manifiesto. Platón negó la libertad. El hombre no es libre, dijo. El que tiene un alma buena, obra bien, y el que la tiene mala, mal". (1273) Según esto, **PLATON** hace alarde de un determinismo psíquico.

Los escolásticos defendieron la predestinación al bien. Para **SANTO TOMAS DE AQUINO**, la voluntad y el libre albedrío no son dos potencias diversas, sino una misma, que consiste en una vis electiva, que no implica elección de fines (porque la voluntad tiende necesariamente al bien), sino de medios.

(1268) **ARISTOTELES**. Moral a Nicómaco. Editorial El Ateneo. Sostiene que "sólo se comete delito o se hace justo un acto, cuando se obra voluntariamente" y que "lo que hay de voluntario o involuntario en la acción constituye la iniquidad o injusticia" comprendiendo a la voluntad como la libertad.

(1269) **CATHERIN**. Principios Fundamentales de Derecho Penal. p. 105. Gustavo Gili Editor. Barcelona, 1911.

(1270) **CARRARA**. Programa del Curso de Derecho Criminal. Volumen I, pp. 31-32. Editorial Temis. Bogotá. 1965.

(1271) **PERRI**. I Nuovi Orizzonti del Diritto e della Procedure Penale. Bologna. Zanichelli, 1884. **JIMENEZ DE ASUA** explica: "Hallar los orígenes de la teoría determinista es muy difícil. Desde luego, puede afirmarse que no fue **Rondeau**, como **Carrara** parece indicar, el primero que la profesa. Viene a dificultar más la labor la existencia de confusiones entre ciertos conceptos que son distintos, pero que todos se refieren al carácter de los actos humanos. La palabra determinismo se ha identificado a veces con la palabra fatalismo, otras con la predestinación, y otras, por último, la presciencia". *La Ley y el Delito*, p. 326. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(1272) Es contradictorio, o ¿no? Si el pobrecito hombre está al arbitrio de los factores, ¿cómo es que debemos hacerlo responsable por lo que no ejecutó? Tendríamos que responsabilizar a la naturaleza, a la sociedad, etc.

(1273) **JIMENEZ DE ASUA**. Op. cit., p. 327. Los tres párrafos siguientes fueron tomados de la misma obra. Pido perdón por la transcripción.

SAN AGUSTIN afirma que el hombre solamente tuvo libertad absoluta hasta antes de cometer el pecado original. La Reforma da lugar a un determinismo teológico. Se habla de la predestinación. ZWINGLIO, CALVINO Y LUTERO formulan: Si Dios queriendo prevé, su voluntad es eterna e inmóvil; si Dios presiente, quiere, su saber es eterno e inmóvil; de donde, todo lo que ocurre, ocurre necesariamente.

Para SPINOZA, sólo Dios es libre, propugna un determinismo metafísico y ético, que siguen HOBBS y LOCKE. VOLTAIRE también es determinista. ROUSSEAU dice que la libertad es la obediencia a la ley que se prescribe uno a sí mismo, coincidiendo con KANT determinismo empírico-fenomenico o psicológico e indeterminismo ético-metafísico).

La Escuela Clásica del Derecho Penal tomó al libre albedrío como la bandera de su teoría. Con el nacimiento de la Escuela Positiva, el determinismo de los actos se convierte en la filosofía aplicada a nuestra ciencia y así es como surge toda esta polémica que no ha redituado buenos frutos.

Cada una de las posturas defiende sus puntos de vista con diferentes argumentos, sobrepasando las teorías libre-albedristas, deterministas y eclécticas, las últimas limitan la responsabilidad moral (por el libre albedrío), con la responsabilidad social (por la influencia de los factores determinantes) y tratan de darle un nuevo sentido a la ciencia penal. (1274)

JIMENEZ DE ASUA dice: "Hoy, con las doctrinas espiritualistas y neo-idealistas, retorna el libre albedrío, y para muchos, al menos la ilusión de ser libres, que es necesario mantener. En Alemania, Carlos Binding, Von Birkmeyer, Augusto Koler y Ernesto Beling son partidarios del libre albedrío". (1275).

Para conservar mi ilusión, no niego la libertad ni el determinismo, sino que los uno. Las circunstancias influyen en la conducta hasta ciertos límites; porque quien las conoce, puede apartarse de esa influencia y elegir libremente lo que desea hacer. (1276)

WELZEL dice que los problemas del libre albedrío presentan tres aspectos diferentes, a saber: 1. El antropológico, 2. El caracterológico, 3. El categorial. (1277)

Para explicar el aspecto antropológico, echa mano de la teoría evolucionista iniciada por DARWIN, en la cual el hombre es el último eslabón de la especie de los primates, su inteligencia una mayor y más fina diferenciación de los instintos animales, de manera tal que del instinto animal a la inteligencia humana debía existir una línea de evolución directa.

Se ha demostrado que no es una mayor diferenciación de los instintos animales, sino la gran involución de las formas innatas de conducta, el presupuesto de los actos libres de la inteligencia (STORCH y LORENZ). El hombre se caracteriza por un gran retroceso a las formas innatas de conducta, por lo consiguiente carece de aquellos reguladores biológicos que conducen al animal con seguridad.

Precisamente la "gran libertad de los instintos" hace al hombre un ser especialmente indefenso y es compensada por una cierta capacidad específica, la del pensamiento razonado, ordenado categorialmente y lo revela como responsable de sus acciones, desvinculadas de las reglas del juego innatas de la conducta instintiva.

(1274) MEDINA HERNANDEZ. ¿Qué hace la justicia penal por los inimputables? p. 14. Tesis del Curso de Derechos Especiales de Protección. Cursos de Doctorado. División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

(1275) JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, p. 328. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1980.

(1276) MEDINA HERRANDEZ. Op. cit., p. 14. Una mayor visión me permite afirmar que el libre albedrío será el fundamento de la culpabilidad para las personas capaces (imputables) y el determinismo será la base de la temibilidad para la personas incapaces (inimputables).

(1277) WELZEL. El nuevo sistema de Derecho Penal, pp. 86-94. Ediciones Ariel. Barcelona, 1964. El análisis de estos aspectos del libre albedrío será hecho tomando como su basamento el sentir del autor y sus expresiones casi literales.

"En contraste fundamental con el animal, el hombre se caracteriza negativamente por una gran libertad de las formas innatas e instintivas de conducta y positivamente por la capacidad y la tarea de descubrir y realizar por sí mismo la conducta correcta por medio de actos inteligentes". (1278)

El hombre, a diferencia del animal, vincula su espíritu a los criterios de la verdad, del sentido y del valor, dirige por sí mismo su conducta por medio de actos responsables; tiene disposición a la responsabilidad. El orden de su existencia le es confiado responsablemente como tarea, como un sentido vinculante a la vida.

La disposición a la responsabilidad es un criterio decisivo, que lo separa existencialmente, como homo planctonem y no solo normativamente, como homo noumenon, de todo el resto del mundo animal. Cada ser humano elabora su sistema de acción (su estilo de vida) en un período de aprendizaje.

WELZEL concluye: "Solo el hombre, como persona, tiene entre todos los seres vivos el privilegio de romper con su voluntad el anillo de la necesidad, que es inderrotable para los seres naturales y de dar contenido en sí a una serie completamente nueva de fenómenos". (1279)

El aspecto caracteriológico del libre albedrío parte del principio de que el retroceso de las formas innatas de conducta y la aparición de un Yo como centro responsable, que ha hecho que la estructura anímica del hombre tenga una pluralidad de capas.

En una capa profunda comprende los impulsos vitales de la conservación de la especie (instintos) y de la autoconservación. La capa profunda sobre estos impulsos elevan al yo a él mismo, como centro motor que los regula y los dirige conforme a un sentido y a un valor, diferenciándolos de la dirección del suceder causal externo.

La voluntad es restringida un poco, antes comprendía todos los impulsos dirigidos a la realización de un fin, incluso los instintos, las peticiones y las aspiraciones (dirección de la acción); ahora, el objeto de esta dirección final no es el suceder causal exterior, sino los impulsos que apremian a su realización (dirección de los impulsos).

La función de la dirección de la voluntad es la de hacer posible una nueva configuración de la vida humana de acuerdo con la verdad, el sentido y el valor y con ello le permite al hombre regular sus impulsos para realizar la tarea que le fue confiada de modo responsable después de la desaparición de los instintos biológicos.

El aspecto categorial del libre albedrío se pregunta cómo es posible que el hombre pueda dominar la acción causal, por medio de la dirección orientada en el sentido, a virtud de la cual se lo puede responsabilizar de haber adoptado la decisión falsa en lugar de la correcta?

Esta cuestión no puede ser resuelta con el determinismo de los actos y mucho menos con el indeterminismo tradicional, porque estos destruyen precisamente al sujeto responsable. El indeterminismo convierte a los actos de voluntad en una serie inconexa de impulsos aislados en el tiempo.

La respuesta a la pregunta se obtiene en forma aproximada mediante el reconocimiento de varias formas de determinación. El determinismo tradicional conetió el error de considerar como única manera de determinación a la causalidad (monismo causal), que nos dice que todas las decisiones deben estar necesariamente prefiguradas.

La acción conforma al vínculo causal con el fin final, mas el problema ahora no es el de determinar la libertad de acción, sino la libertad de voluntad. Los actos del pensamiento no son completamente independientes de las causas. El pensamiento también tiene una infraestructura causal.

El pensamiento puede ser dificultado o impedido por los estados de cansancio. Las condiciones causales previas son el presupuesto de la existencia de los actos del pensamiento, aunque no de su forma de ejecución. El modo como discurra el pensamiento no se determina según causas ciegas, sino conforme a las razones videntes.

Tampoco los impulsos para pensar están únicamente determinados por causas anteriores. Para el querer conocer y para todo acto de voluntad es necesaria una condición material, un impulso de la capa profunda: El interés. Su relación con los demás impulsos se determina según su contenido de sentido como una tarea objetiva.

"El conocimiento es sólo posible si puede ser asumido responsablemente como la realización de una tarea planteada al sujeto y comprendida conforme a sentido". (1280) El sujeto debe tener la capacidad para comprender sus impulsos como una tarea plena de sentido.

"La libertad de la voluntad es la capacidad de poder regirse conforme a sentido. Es la libertad de la coacción causal, ciega, indiferente a sentido, para la autodeterminación conforme a sentido". (1281) "Culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto capaz de ella". (1282)

Para poder trabajar con las normas jurídicas, que tienen por objeto la regulación de las conductas humanas, debe darse por sentado que el individuo tiene libertad para actuar, a pesar de la influencia que pueda dejarse sentir de ciertos factores internos o externos en su decisión para actuar.

Esto será en el caso de las personas con plena capacidad de entendimiento, porque si los incapacitados no tienen la posibilidad de entender las conductas que realizan, no podrán tampoco hacer ejercicio de su libertad y su conducta deberá ser valorada, desde el punto de vista del elemento normativo, con base en la temibilidad.

Si negásemos que el ser humano tiene libertad para decidir su actuación, no tendrían razón de ser las normas del sistema jurídico, habida cuenta de que los sujetos estarían imposibilitados para actuar conforme al deber ser y no habría base alguna para exigirles un comportamiento adecuado a él, ni para reprocharles el asumido.

La exigibilidad y la reprochabilidad tienen como presupuesto el ejercicio de la libertad al actuar y solamente la suma de estos tres puede dar lugar a la culpabilidad, que es la base para integrar el elemento normativo del delito, tratándose de personas plenamente capaces de entendimiento.

(186) EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD AL ACTUAR.

La teoría que adopta la premisa de que el hombre al actuar lo hace en ejercicio de su libertad de elección, es la única que puede tener validez en el ámbito de lo jurídico-penal, puesto que reafirma el objetivo de nuestra disciplina en cuanto a que regula la conducta humana en sociedad.

La tradicional concepción del determinismo de los actos no puede tener cabida en nuestro sistema, porque al negar la libertad de actuación en el hombre, da preponderancia a los factores causales y niega la responsabilidad del sujeto, haciendo responsable del daño al entorno en que se desenvuelve el momento delictivo.

Acertadamente, dice WELZEL: "Mientras que en el Derecho Penal el delito es concebido como un abuso de la libertad, que le es reprochado al autor como culpable y es sancionado con una pena, en la Criminología aparece, en todos los aspectos, como un producto causal de la disposición y el mundo circundante". (1283)

(1280) WELZEL. El nuevo sistema de Derecho Penal. p. 92. Ediciones Ariel. Barcelona, 1964.

(1281) WELZEL. Op. cit., p. 92.

(1282) WELZEL. Op. cit., p. 92.

(1283) WELZEL. Op. cit., p. 93.

El elemento normativo en su faceta de culpabilidad solamente adquiere su significación jurídica en base al ejercicio de la libertad al actuar, porque nada más allá puede nacer que la conducta asumida dé lugar a la exigibilidad de una actuación conforme a los parámetros de normatividad y fundamente un juicio de reproche.

Discutir acerca de si deben ser aceptadas las formas tradicionales del libre arbitrio o del determinismo de los actos, da lugar a una polémica enconada y de lo más infructuosa, porque prácticamente se ha vuelto irracional y las posturas nada más se defienden por aferración y necesidad.

Aceptar el sistema finalista del Derecho Penal implica darle cabida a la tesis del libre albedrío, la cual adquiere como correctivo la influencia de los factores endógenos y exógenos que se presentan en el momento delictivo y como límite la temibilidad que es analizada en los casos de sujetos inimputables.

Los factores endógenos y exógenos solamente adquieren una importancia determinante en los sujetos que están incapacitados para comprender el carácter ilícito de su conducta y para conducirse de acuerdo con esa comprensión (inimputables).

En los individuos capaces de comprensión, que ejercitan su libertad al actuar, la influencia de los factores endógenos y exógenos que los llevan a tomar una decisión contraria a los postulados jurídicos, será analizada en la exigibilidad y en la reprochabilidad y tienen la fuerza suficiente para anular a la culpabilidad, como elemento normativo del delito.

El elemento normativo del delito, en su faceta de culpabilidad, únicamente funciona para las personas que tienen capacidad de comprensión y está formado por un presupuesto y dos elementos, a saber: 1. Ejercicio de la libertad de actuar (presupuesto), 2. Exigibilidad y reprochabilidad (elementos).

En este momento, no corresponde entrar al análisis del ejercicio de la libertad al actuar. Primero, es necesario entender que es muy diferente tener la capacidad para actuar libremente, que poder ejercitarla en el momento en que es desplegado el comportamiento constitutivo del delito.

Con las hipótesis que maneja el sincretismo penal se va a demostrar que el sujeto poseía la capacidad de entendimiento para ejercer su libertad, desde el momento en que es comprobada la existencia del elemento subjetivo-material, al atender a la voluntad simple o consciente.

La diferencia entre voluntad, entendimiento y libertad es fácil: Voluntad es querer realizar la conducta, el entendimiento es la comprensión de sus características (de licitud o ilicitud) y la libertad, estriba en ejecutar el comportamiento sin verse precisado a ello por la influencia de una voluntad ajena.

La culpabilidad es un juicio de valoración normativa que es realizado sobre la resolución de la voluntad, por ello atiende a: 1. El ejercicio de la libertad al actuar (motivación), 2. La exigibilidad (circunstancias concurrentes-factores exógenos), 3. Dominio del hecho (factores endógenos).

WEIZEL acepta más o menos la misma idea, al decir: "Culpabilidad es la reprochabilidad de la resolución de la voluntad". "Toda culpabilidad es, pues, culpabilidad de la voluntad". (1284) Sólo lo que depende de la voluntad del hombre puede serle reprochado como culpable, igualando a la reprochabilidad con la culpabilidad.

El ejercicio de la libertad al actuar, parte del hecho de que el autor haya podido resolverse a la ejecución de la conducta típica y anti-jurídica, sin que en su decisión hubiese intervenido una voluntad ajena; es decir, que sus motivaciones hacia el delito hayan sido normales.

Las conductas humanas en su totalidad (valiosas o no), son valoradas conforme a la manera en cómo el sujeto emplea su libertad, para descubrir si pueden serle atribuidas como méritos, o bien si procede reprochárselas, por no haber conformado su decisión a los parámetros de normatividad jurídica.

La naturaleza tiene un ordenamiento prefijado, cada uno de sus constituyentes está en el lugar indicado para poder cumplir con la función que tiene encomendada en el ciclo biológico. Esto ocurre en el organismo del hombre, aunque solamente por cuanto hace a sus funciones biológicas.

Por lo que toca a su psiquis no podemos decir que ocurra lo mismo, habida cuenta de que este aspecto no fue creado para cumplir con un fin, mas que en su estructura, sino para ir en su búsqueda; por ello, el hombre fue dotado de inteligencia, de voluntad, de consciencia y de libertad.

El ser humano se distingue de las bestias porque posee un pensamiento racional y en su mente va ordenando en forma categórica el cúmulo de conocimientos que le proporciona la experiencia, las vivencias que tiene al desenvolverse en el entorno que lo rodea y que lo conducen a la búsqueda del fin de su existencia.

Esas experiencias constituyen el aprendizaje, que es el basamento esencial que lo guía en el camino de la verdad, del sentido y del valor a los cuales conformará la razón de su existir, dirigiendo por sí mismo su comportamiento social, a través de actos de los cuales puede hacerse responsable.

El individuo va a conformar su estilo de vida en el ejercicio de su libertad de actuar, atendiendo al aprendizaje que le proporcionan sus experiencias, cuyas disposiciones genéricas tiene que ir detallando minuciosamente para conformar su sistema de acción propio y lograr sobrevivir.

Gracias a su capacidad de voluntad, de entendimiento y de libertad, el hombre puede realizar su destino, que no le es impuesto por el orden natural, sino únicamente le es indicado, confiándole su realización plena, al que le imbuye con una serie de características peculiares, que lo diferencian de los demás.

Un sentido de responsabilidad inherente a su esencia humana hace que la actuación del sujeto trascienda del área de los instintos, las pasiones y los deseos, a otra más elevada que comprende la voluntad consciente, el amor y los valores, que son los impulsan su conducta, su centro regulador.

Todas las acciones u omisiones humanas están dirigidas a un fin (valioso o sin valor). Mas cuando se tiene el dominio del hecho, puede dirigirse la conducta, aduciendo no solamente los medios para lograrlo, sino también otorgándole el sentido y el valor de esa finalidad a la que se pretende llegar.

Solamente cuando un hombre plenamente capaz ejercita sus capacidades volitivas, intelectuales y de decisión (querer, entender y libertad), puede exigirse una determinada forma de conducta, reprochársele la asumida y declararlo culpable, para hacerlo responder por su determinación contraria a lo jurídico.

Queda entonces sentado el principio de que el hombre puede actuar libremente, ahora nos queda por resolver el problema relativo a cómo es que se determina que llevó a cabo la conducta en el ejercicio de su libertad, para examinar después si le era exigible un comportamiento diverso y si se le reprocha el asumido, declarándolo culpable.

Definitivamente, la resolución a este problema no la podremos encontrar en el determinismo monista, que adopta a la causalidad como una única influencia en la conducta y que le quita su sentido a la reprochabilidad, al afirmar que toda decisión con o sin valor, está necesariamente prefijada, es decir determinada.

Es muy cierto que en todos los actos de decisión se encuentran presentes los factores endógenos y exógenos, mas no como determinantes sino como influyentes, porque cuando el ser humano tenga conocimiento de esa influencia estará en posibilidad de apartarlos y de hacer imperar su libertad.

Con los esfuerzos de atención el individuo puede lograr el conocimiento de la influencia de esos factores y acabar con las ciegas conexiones asociativas, otorgándole un contenido de sentido y de valor a su conducta, que es lo que determina la ejecución de sus actos, para conformarlos a los parámetros jurídicos.

Las causas ciegas no son determinantes en las funciones del pensamiento que llevan al ejercicio de la libertad, porque el pensamiento se determina a sí mismo, atendiendo a todo lo que tiene a la vista, de acuerdo con lo que las circunstancias concurrentes en el momento del delito le presentan, para adquirir el dominio del hecho.

Los actos del pensamiento no prescinden de las causas (factores endógenos y exógenos). El pensamiento tiene ya una infraestructura causal que puede impedirlo, pero no es determinado por estas causas ciegas, sino según las razones videntes, que le permiten tener una noción anticipada de lo que va a suceder.

El ejercicio de la voluntad al actuar implica que el sujeto ponga en juego su capacidad de regirse conforme al sentido de las normas jurídicas, sin que en su decisión tenga injerencia una voluntad ajena, que lo impulse a ejecutar actos completamente voluntarios, porque no le queda otro remedio.

La libertad implica decidirse a la actuación buena o mala, o aún sin sentido; pero la que toma en consideración el elemento normativo del delito, es aquella que lleva al hombre a actuar conforme al sentimiento de las disposiciones jurídicas; por ello se complementa con la exigibilidad de una conducta normativamente valiosa y el reproche.

La motivación que toma en cuenta el ejercicio de la libertad al actuar, debe ser valiosa conforme al sentido de protección de los bienes jurídicos, para salvarlos del peligro en que se encuentran y procurar conservarlos; las motivaciones no valiosas pertenecen al contenido de la causalidad que determina.

En las presiones mentales que atienden al deseo, a la ira, a la codicia, al ansia de poseer, al egoísmo, a la necesidad, a los apetitos de la carne, a los instintos, etc. no hay ejercicio de la libertad, sino la determinación de una causalidad ciega, porque los motivos contrarios a derecho implican un desvalor.

El acto de libertad conlleva el dominio de los impulsos negativos (contrarios a las motivaciones valiosas), para lograr una determinación conforme al sentido que orienta a las normas jurídicas, que va hacia la búsqueda del valor, hacia la protección de las expresiones fundamentales del Derecho que tutela el sistema.

"En la falta de este acto (de la determinación conforme al sentido) se basa el fundamento de la culpabilidad: Culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme al sentido en un sujeto que era capaz de ella", nos dice WELZEL. (1285) Por ello, la única forma de destruir a la autodeterminación es la coacción o *vis compulsiva*.

El hombre no es culpable por haberse decidido libremente a obrar conforme al mal, sino porque en un estado de normalidad de las circunstancias concurrentes en el delito, no pudo evitar quedar preso de la determinación causa de los impulsos, siendo capaz de adquirir el dominio del hecho.

Así podemos darnos cuenta de que en la valoración normativa de la culpabilidad, el ejercicio de la libertad al actuar (motivación normal), la exigibilidad (estado de normalidad de las circunstancias concurrentes) y la reprochabilidad (dominio del hecho), se complementan para llevamos a la afirmación de su existencia.

El sujeto será capaz de ser culpable en la medida en que haya podido actuar con libertad. Así, la capacidad de culpabilidad no se identifica con la capacidad de querer y entender, ni con la de comprender el carácter ilícito de la conducta, sino únicamente con la de conducirse de acuerdo al sentido de las normas jurídicas.

En fin, el ejercicio de la libertad al actuar implica la determinación del hombre sin la influencia de una voluntad ajena y la que forma parte de los elementos de la culpabilidad es aquella que no logró apartar la influencia de los factores causales y no llevó al autor al dominio del hecho.

(187) LA EXIGIBILIDAD.

El ejercicio de la libertad de actuar que comprende las motivaciones normales del autor para orientar su conducta conforme al sentido de valor de las normas jurídicas, por sí solo no puede dar paso a la culpabilidad, resultando por demás necesario que se lo complemente con la exigibilidad y con la reprochabilidad.

Un primer concepto de la exigibilidad como elemento normativo, nos lo brinda FRANK, concibiéndolo en sentido negativo, al decir que si las circunstancias concomitantes pueden agravar o atenuar a la culpabilidad, es necesario que también se les reconozca su capacidad de excluirla. (1286)

Desaparece la culpabilidad cuando las circunstancias concurrentes comportaban para el autor o para un tercero un peligro o una necesidad de los cuales precisamente la acción prohibida los podía salvar. Puede no hacerse reproche alguno al agente de ciertas conductas cometidas en circunstancias que impliquen anomalía.

WELZEL explica: "El conocimiento de lo injusto no puede fundamentar todavía completamente la reprochabilidad de la resolución de la voluntad; sólo puede hacerlo cuando el autor, en la situación concreta, podía adoptar su decisión de acuerdo con él". (1287) La exigibilidad es el elemento volitivo de la reprochabilidad.

En la exigibilidad de una conducta conforme al deber ser jurídico penal va a ser analizada la posibilidad concreta del autor de conducirse de acuerdo a su decisión, atendiendo al estado de normalidad de las circunstancias concurrentes en el momento delictivo, que son identificadas con los factores exógenos.

En el ejercicio de la libertad al actuar, deben ser valorados los impulsos y los motivos (factores endógenos) que lo llevan a externar la conducta; en cambio, en la exigibilidad debe ponerse énfasis en las situaciones de hecho (factores exógenos) que concurren en el momento en que es desplegado el comportamiento delictuoso.

Ambos casos implican una posibilidad concreta (poder) de adecuar la conducta activa u omisiva conforme al sentido que le imponen las normas jurídicas, la diferencia entre ellos es que en un caso preponderan los aspectos subjetivos (en la libertad) y en el otro, los objetivos (en la exigibilidad).

En la exigibilidad que requiere el elemento normativo del delito, al momento de realizar su valoración debe atenderse a las circunstancias externas concurrentes en el plazo en que fue realizada la conducta y verificar si influyeron o no en su determinación, o bien en la posibilidad de adoptar una conducta conforme a sentido.

Cuando las circunstancias externas determinan a la comisión del delito, a nadie puede serle exigible un obrar diferente que sea adecuado a las exigencias de las normas jurídico-penales y, por lo tanto no debe hablarse de exigibilidad y mucho menos de culpabilidad, siendo procedente declarar la inexistencia del delito.

Es muy importante atender a este aspecto, tanto en la culpabilidad, como en la temibilidad, porque sanos y enfermos mentales pueden ser determinados a actuar por una situación de peligro o de necesidad y por ello, la no exigibilidad bien puede funcionar como causa de inculpabilidad y como atenuante de la temibilidad.

La exigibilidad de una conducta conforme al sentido jurídico es un complemento de la libertad, así como la reprochabilidad lo es de aquélla. La culpabilidad es un juicio normativo-subjetivo en el cual se van valorando y sumando estos tres aspectos, para poder llegar al final, declarando la existencia del delito.

(1286) FRANK. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. Editorial Universitaria, S.A., Santiago de Chile, 1965.

(1287) WELZEL. El nuevo sistema de Derecho Penal. p. 125. Ediciones Ariel. Barcelona, 1964.

En la medida en que la conducta acorde a la normatividad jurídico-penal le sea exigible al sujeto, puede serle reprochada la actuación contraria al sentido que la norma tiene, por no haber atendido a las motivaciones normales y a la normalidad de las circunstancias externas concurrentes.

Este elemento de la culpabilidad normativa nos brinda la posibilidad de exigirle al autor una actuación acorde a los parámetros jurídicos, atendiendo al común denominador de la conducta humana; es decir, a lo que una persona normal, encontrándose ante las mismas circunstancias, haría.

Su juicio de valoración es puramente normativo, se lleva a cabo sobre la conducta concreta de un autor concreto, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el momento delictivo concreto, aunque con una limitación: Se hace con referencia a lo que el común denominador de la gente haría en semejantes circunstancias.

No puede dejarse la exigibilidad abierta a este hombre y a esta situación porque, en todo caso, ese autor diría: Yo solamente podía hacer eso ante semejante hipótesis, ¿por qué se me exige más de lo que podía brindar en esas condiciones?, pensando que el sistema jurídico es injusto con él.

Es una cuestión de lógica que la exigibilidad tenga un límite o correctivo, porque debemos recordar que será tipificada ya de por sí en una fórmula abierta, permitiendo que las autoridades decidan a su libre arbitrio los casos que aprara la exculpante de la "no exigibilidad", puesto que ello limitará a su vez a la impenidad.

Muy importante es el hecho de poner un parámetro para limitar a la exigibilidad y considero que es correcto atender a lo que un hombre común y corriente podría hacer ante determinadas circunstancias, habida cuenta de que el sistema jurídico mismo rige para el hombre medio y no para lo superdotados.

La normatividad jurídico-penal no puede exigir conductas que impliquen un sacrificio injusto de los bienes jurídicos del autor, porque en determinadas situaciones anormales no tiene por qué darse paso a la injusticia, pidiéndole al hombre que actúe como héroe cuando es un "simple mortal".

La exigibilidad y la reprochabilidad deben tener un límite máximo que atienda a ese común denominador, en el entendido de que la primera nos servirá de base para la graduación del segundo, porque la conducta le será reprochada al autor en la medida en que lo era posible actuar atendiendo a las prescripciones legales.

En todo caso, la medida de la exigibilidad de la conducta pervive en el sentido de justicia con que las autoridades orientan su actuación, y es por eso que los casos concretos de no exigibilidad y de exigibilidad deberán ser determinados conforme a su real valor y entender.

(188) LA REPROCHABILIDAD.

El primer docto que atiende a este concepto, lo fue el alemán FRANK, en 1907, dando lugar a la teoría normativa. Advierte que en el psicologismo el concepto de culpabilidad no contiene más que al dolo o a la culpa y que otros hechos de suma importancia, como lo son las circunstancias concurrentes, quedan fuera de ella. (1288)

Empieza por analizar casos prácticos, como el del cajero de una empresa y un cartero repartidor de valores, que cometen defraudación cada uno por su lado. El primero con una buena situación y sin familia, pero con amantes dispendiosas. El segundo apenas se gana la vida, tiene a la mujer enferma y numerosos hijos pequeños.

Nos dice que si bien ambos saben que se apoderan ilícitamente de dinero ajeno, de manera que en cuanto hace al dolo no media diferencia alguna, todo el mundo dirá que al cajero le alcanza mayor culpabilidad que al cartero, disminuyéndola por las circunstancias desfavorables en que éste se encontraba, aumentándola por la buena situación económica y las inclinaciones lujosas de aquél.

(1288) FRANK. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. pp. 11/2 Editorial Universitaria, S.A., Santiago de Chile, 1965. Las posteriores líneas serán desglosadas con base en su pensamiento.

Así se da cuenta de que en el lenguaje cotidiano para medir a la culpabilidad, se trae a colación factores que están fuera del dolo y que, inclusive, la imprudencia o culpa es valorada más benigna o severamente, según las circunstancias concomitantes. (1289)

"Sin embargo, no hay duda en que hay casos en los cuales la agravación o la atenuación sólo resulta explicable entendiendo que el legislador ha visto en las circunstancias concomitantes un patrón para la culpabilidad", (1290) y ello solamente puede ser porque la conducta se muestra más o menos culpable.

Así, si las circunstancias concomitantes pueden atenuar o agravar la culpabilidad, no existe riesgo alguno para que también pueda reconocerse la capacidad de excluir la culpabilidad. Sin embargo, la concepción dominante (psicologismo), sólo acepta como componentes de la culpabilidad al dolo y a la culpa y sin embargo, la culpa se excluye por el estado de necesidad.

Quién obra en estado de necesidad también sabe lo que hace y negar que con él se da el dolo, importa una falta de lógica. De manera que la prohibición válida para las situaciones normales no rige en los casos de estado de necesidad. Así, la esencia de la culpabilidad puede ser afectada en su existencia, su concurrencia, por las circunstancias en las cuales la acción fue emprendida.

El parágrafo 262 de la ley procesal alemana anota que si concurre alguna circunstancia extraña al dolo o a la imprudencia que excluya la punibilidad, la culpabilidad o la culpabilidad debe ser negada. Con ello se prueba que desde el punto de vista procesal, la culpabilidad contiene algo más que el dolo o la culpa.

En la estructura de su teoría, FRANK comprende que los caracteres constitutivos o elementos de la culpabilidad son: imputabilidad, dolo o imprudencia y las circunstancias concomitantes. (1291) Una expresión breve que contenga todos estos elementos es la siguiente: "Culpabilidad es reprochabilidad". (1292)

"Un comportamiento prohibido puede ser imputado a alguien como culpable cuando le podemos hacer un reproche por haberlo asumido". (1293) El concepto de la reprochabilidad viene sólo a ser una breve síntesis de los distintos elementos de la culpabilidad. Su valor está en la referencia a lo que quiere caracterizar.

Si nos preguntáramos cuándo se le puede hacer un reproche a alguien por su comportamiento?, ¿qué se requiere para ello?, la deducción nos llevaría sin remedio a los elementos de la culpabilidad: Una aptitud espiritual normal en el autor (imputabilidad), una cierta concreta relación psíquica de agente con el hecho en cuestión, o aún la posibilidad de ésta (dolo o culpa) y la normalidad de las circunstancias en las cuales la persona obra.

La reprochabilidad desaparece cuando las circunstancias concomitantes comportaban un peligro del cual precisamente la conducta prohibida podría salvar al autor o a un tercero.

(1289) Como en el ejemplo de guardaaguas que después de un largo descanso al comenzar el servicio pone mal un desvío, parece más culpable que el camarada que incurre en la misma falta, después de once horas de servicio. FRANK. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. p. 14. Editorial Universitaria, S. A., Santiago de Chile, 1965.

(1290) FRANK. *Ideas*. "El interés del Estado en el mantenimiento de la vida de un niño no varía, por cierto, por las relaciones personales del que lo mata. Así cuando el § 217 trata más benignamente que al asesino común a la madre soltera que mata al niño en el acto del nacimiento o inmediatamente después, para ello sólo puede tener fundamento que aquélla se muestra menos culpable, aún cuando el dolo del acto de matar asume la misma forma que en cualquier otro autor concebible".

(1291) FRANK. *Op. cit.* p. 25.

(1292) FRANK. *Op. cit.* p. 29. "La expresión no es bella, pero no conozco otra mejor".

(1293) FRANK. *Op. cit.* p. 29.

En los delitos imprudentes (culposos), la autoridad tiene un campo muchísimo más amplio dentro del cual moverse para considerar, según su libre arbitrio, la totalidad de las circunstancias como excluyentes de culpabilidad, lo cual no era posible en los delitos dolosos, según la legislación y la teoría.

A la culpabilidad le corresponde la normalidad de las circunstancias concomitantes en las cuales la conducta fue realizada; serían anormales las circunstancias concomitantes tales que para el autor importen un peligro (o a veces para un tercero). El que para salvarse del peligro cometa una actuación normalmente punible, no actúa culpablemente.

"Considerada en sí misma, la acción necesaria o la acción defensiva ejecutada en una defensa o en una necesidad putativa, es sin más ni más inculpable." (1294) Si el autor se creyó en peligro, erradamente, a lo más podría haber un reproche para él, si no ha tenido en cuenta la medida de prudencia necesaria para obrar que de acuerdo con las circunstancias de él se podía esperar. Esto es, que el reproche será hecho a título de culpa.

En la medida en que el error es reprochable lo es la conducta misma. La reprochabilidad de un comportamiento no depende sin más ni más del conocimiento de una norma jurídico prohibitiva. Pues quien no sabe que la norma es jurídica, bien puede conocerla como ética.

A mi entender, los conceptos de exigibilidad y reprochabilidad se revuelven en el normativismo de FRANK y creo que es muy necesario diferenciarlos, al menos en la medida que adopta el sincronismo penal. La reprochabilidad es la suma de libertad y de la exigibilidad, motivación normal y normalidad de las circunstancias concurrentes.

Por lo tanto, yo identifico a la reprochabilidad con el dominio del hecho, y es factible fincarle un juicio de esta naturaleza al autor que realiza la conducta en ejercicio de su libertad (decidiéndose a transgredir el deber) y con posibilidad de actuar conforme a sentido.

En cambio, la exigibilidad tiende únicamente a valorar una parte de la conducta reprochable: la actuación antijurídica y típica, cuando se estaba en posibilidad concreta de decidirse hacia el sentido valorativo de la normatividad jurídica, por encontrarse ante circunstancias concurrentes normales.

Al decir que la exigibilidad toma en cuenta las circunstancias externas que concurren en el delito, me refiero a todo aquello que se da fuera de su mente, aunque pueda tener características subjetivas; son influencias indirectas en la decisión libre de adoptar determinada forma de conducta.

Y ¿qué es lo que se le reprocha al autor? Si recordamos que la culpabilidad es el último eslabón de la cadena del delito y que al quedar comprobada, da lugar a que se declare la existencia del ente jurídico, el reproche debe recaer sobre la conducta típica y antijurídica, es decir sobre la totalidad de los elementos.

Por ello, el reproche es posible tanto en el delito doloso como en el culposo, en la acción o en la omisión, en los delitos de mera conducta o de resultado material, en los delitos consumados o en grado de tentativa, en el delito continuado, en el concurso de delitos y en general, en cualesquiera de la formas que pueda adoptar el ente.

La declaración de que una conducta es reprochable, nos permite tener al autor como culpable de un delito determinado, ello da lugar a la imputación directa, faltándonos solamente comprobar la responsabilidad de su autor, para proceder a individualizar e imponer las sanciones.

La reprochabilidad pone fin a las valoraciones normativas del delito, dando lugar a una declaración cierta de culpabilidad y por lo tanto, de la existencia del ente jurídico-penal y con ello cumple el ciclo de uno de los presupuestos necesarios de todo acto de autoridad penal, codiciendo el turno a la valoración de la responsabilidad.

(189) LOS GRADOS DEL REPROCHE.

Si bien es cierto que afirmamos que la culpabilidad no es susceptible de graduación, que se es o no culpable, también lo es que dejé perfectamente claro que la reprochabilidad sí que admite grados, que es factible darle una medida de acuerdo con la exigibilidad de la conducta orientada hacia el sentido jurídico.

Los grados del reproche, permiten a las autoridades penales, tasar el nivel de tendencia delictiva del autor de la conducta típica y antijurídica, proporcionándole los elementos necesarios para delimitar la punición, que serán valorados junto con otros aspectos más que generalmente están enunciados en las legislaciones.

La influencia de los grados de reproche será explicada con mayor amplitud cuando trate lo relativo a las teorías generales de la responsabilidad y de las sanciones penales, aclarando que básicamente es sólo tarea del juzgador medir la reprochabilidad de la conducta, porque es el único que está facultado para imponer las sanciones.

Por ello, es muy importante que la autoridad judicial realice su quehacer con un conocimiento profundo de la hermenéutica jurídica, con un sentido optimista de responsabilidad y con un abierto anhelo de lograr la realización de la justicia jurídica en cada una de sus decisiones, que tanta trascendencia tienen en la vida social.

(190) EL ELEMENTO NORMATIVO Y LOS INCAPACES.

Al hacer referencia a cualquier tema que esté relacionado con las personas incapacitadas en sus procesos mentales, por fuerza debemos tener en consideración los aspectos básicos, a saber: El jurídico, el criminológico y sobre todo, el humanitario, recordando que el concepto de imputabilidad y su contrario son creaciones jurídicas.

Todo ello también tiene que ser analizado con tres parámetros diferentes, que son: Lo que es, lo que debe ser y lo que quisiéramos que fuera; es decir, que el estudio abarcará el campo fáctico, el ámbito normativo y el mundo de las ideas; lo cual nos llevará a hacer proposiciones concretas.

Desafortunada o afortunadamente, según la perspectiva que se desee adoptar, tanto el imputable como el inimputable pueden ser sujetos de una relación procesal penal y por ello, si un incapacitado comete una conducta tipificada en las leyes penales, es necesario someterle a juicio, para fundar la imposición de una medida de tratamiento especializado.

Estos planteamientos, por su propia naturaleza nos llevan a deslindar un número considerable de conceptos que ni la ciencias jurídica, médica, psicológica o social y aún los postulados ordinarios de cultura tienen bien definidos y provocan confusiones.

Entre uno de los objetivos de mi ambiciosa tesis de grado, me propuse buscar los indicadores para que la justicia y la equidad penales lleguen a los incapaces, garantizándoles sus bienes jurídicos y otorgándoles una resolución óptima para sus problemas legales en los foros de procuración y administración de justicia.

Digase lo que se diga en otras disciplinas científicas, la imputabilidad y la inimputabilidad son creaciones de la ciencia jurídico-penales y con un falso criterio de auxilio interdisciplinario, algunos civilistas, criminólogos y especialistas en menores infractores han hecho mal uso de ellas.

Los criterios que quíen a los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad deben tomar su basamento en los postulados jurídico-penales y más acertadamente, en sus parámetros de normatividad porque mientras la ley conserve su vigencia, sus disposiciones deben ser acatadas y si no nos gustan, hay que proponer reformas.

Es muy cierto que las normas que componen al ordenamiento penal positivo tienen aspectos muy errados, aunque también lo es que en materia de imputabilidad e inimputabilidad se ha adelantado mucho y se han elaborado reformas muy importantes, que han despejado bastante el panorama.

Así, si los civilistas, los criminólogos y los especialistas en menores infractores quieren ayudar a la ciencia jurídico-penal a despejar las incógnitas de las hipótesis, que lo hagan, su auxilio será bien recibido si en ello han considerado los postulados que guían a la doctrina y a la legislación.

En materia civil, el procedimiento para declarar la incapacidad mental es muy diferente al procesal penal y con otros fines; se lleva a cabo ante el juez de lo familiar y terrano declarando que la persona cae en estado de interdicción, se le nombra un tutor o curador y se le recluye en una institución especializada.

Aunque esté relacionado con la inimputabilidad, no deben ser confundidos; toda vez que en el procedimiento penal se trata de encontrar el fundamento adecuado para la imposición de las llamadas "medidas de seguridad", que supuestamente deben fundamentarse en la responsabilidad.

La criminología desde siempre, ha pretendido acaparar todos los conceptos penales, dándoles un sentido muy diferente. No quiere reconocer que sus principios jurídicos están basados en las creaciones jurídico-penales; habida cuenta de que sin la existencia del delito, sus postulados no encontrarían razón de ser.

No importa que sentido puedan darle los patrones criminológicos a la imputabilidad y a la inimputabilidad, y a que si no logran influir en la construcción de leyes y proyectos de reformas, no están cumpliendo con objetivo alguno y erraron en el estudio de las formas de atacar al delito.

Por cuanto hace a la situación problemática que representan los menores infractores, se presenta una situación muy distinta, en el entendido de que se ha considerado que la autoridad no entra en el ámbito de aplicación personal de las leyes penales. Esto se comprobaba con la existencia del consejo Tutelar para Menores.

Hasta resulta impropio decir que los menores son inimputables, porque no todos carecen de capacidad de querer y entender, como se afirma, sino que simplemente no han desarrollado a plenitud la capacidad de comprensión, en algunos casos y es una grosería jurídica llamarlos inimputables.

La edad mínima para ser responsable penal ha sido considerada casi por convencionalismo; en México ha sido establecida ya de dieciocho años y resulta que hay menores que tienen una tendencia delictiva mayor a la de los adultos y, por lo tanto, representan un alto grado de temibilidad para la sociedad.

El sincretismo penal va a partir de la base de que si el inimputable tiene capacidad para desplegar conductas voluntarias e inclusive para materializar con intencionalidad directa (dolo), puede ser sujeto de delito y habrá de valorarse sus aspectos positivos y negativos y la existencia de la responsabilidad, para fundamentar sus sanciones.

Los elementos regulador (tipicidad) y valorativo (antijuridicidad) del delito habrán de ser valorados bajo los mismos parámetros con que son evaluados los comportamientos de las personas capaces, a virtud de que atiendan a aspectos objetivos y así podrán beneficiarse sus casos de austeridad.

En cambio, en el elemento subjetivo-material, la única base para diferenciar el tratamiento valorativo de capaces e incapaces, lo será la naturaleza de la voluntad, que en los primeros será consciente (aunada al entendimiento) y en los segundos, simple, sin que a estos les pueda beneficiar las hipótesis de error.

El elemento normativo también es diferente por cuanto hace a imputables y a inimputables; dado que para las personas capaces rige la culpabilidad (libertad, exigibilidad y reprochabilidad) y para las incapaces, el concepto de temibilidad, entendido como el grado de temor que le inspiran a la sociedad.

Los principios de la Escuela Positiva dictaban que la imposición de las medidas de seguridad se fundamentase en un incierto criterio de peligrosidad; es decir, sin tomar en cuenta lo que el incapaz había hecho, sino en lo que era posible que hiciera, sin analizar jurídicamente la conducta.

Analizando las causas o factores endógenos y exógenos (predominando los internos), el juez que dictare la sentencia estaba posibilitado para medir el grado de peligrosidad del individuo y con base en ello fijaba supuestamente, la duración de la medida de seguridad que por lo general, era ilimitada.

En México fue aceptada sin reparos esta idea y sin anular la responsabilidad penal o moral (Clásica), fue aceptada la responsabilidad social (positiva), la primera para imputables y la segunda para inimputables, considerando que aquéllos, además de responder por la culpabilidad, lo harían por la peligrosidad.

Básicamente, ese grado de peligrosidad estaba destinado a fundamentar la responsabilidad de los inimputables quienes, por sus condiciones mentales, no estaban capacitados para conducirse con base en un parámetro de conducta socialmente aceptable y representaban un grado de peligrosidad mayor para el grupo social.

Este iba a ser el principio fundamental de la aplicación de las llamadas medidas de seguridad", con las cuales se pretendía asegurar el bienestar de la sociedad y brindarle una tutela efectiva a los bienes jurídicos de todos y cada uno de sus integrantes, menos del inimputable.

La Escuela Positiva tomó muy en cuenta al hombre, como infractor de las normas penales que procurar la pacífica convivencia social. Por ello, les resultó muy interesante el estudio de las características que los hacían considerarlo como un ser peligroso.

ALMARAZ HARRIS explicó: "Al hablar del contenido y de la naturaleza de la ciencia penal, dijimos que pretendemos en nuestra obra basar la lucha eficaz contra la delincuencia no sólo en el estudio dogmático de las normas reactivas, sino también en el explicativo (causal) del agente delictuoso". (1295)

La criminología separó cada uno de los aspectos que integran la personalidad humana; dividió al alma y al cuerpo y estudió esas particularidades y fenómenos con métodos y técnicas diferentes, hasta lograr hacer una síntesis, que es en realidad la función primordial de esta ciencia.

Los criminólogos rechazan el concepto del hombre medio, que había sido implantado por los eclécticos; diciendo que un término medio no corresponde a realidad viviente alguna, que el hombre medio y normal no existe.

Los diferentes matices que llevan al sujeto a la neurosis, a la psicosis, al homosexualismo, a la oligofrenia y a las infinitas y variadas expresiones psíquico-somáticas, no podrían dar como término medio a un ser superdotado, sino a un engendro monstruoso.

El delito es el producto de la conducta humana y lo individual es característico del hombre real; impregna su ser y debe manifestarse en el conjunto que forma su cuerpo y su alma y deja una huella profunda en cada uno de los elementos de ese conjunto, aunque permanezca indivisible.

Cada uno de los individuos se distingue de los demás por su corpulencia, por su talla, por su rostro, por sus gestos, por su manera de caminar, por sus sentimientos, por sus pasiones, por su modo de reaccionar; todo esto forma la individualidad que se manifiesta en los tejidos, en los humores y estados alérgicos, en la calidad e intensidad de psiquismo, en la inteligencia, en el temperamento, en los modos de reaccionar, en lo patológico y en el delito.

Ante un estímulo exterior, cada individuo responde de diferente manera y unos caen dentro del supuesto que prohíbe u ordena la norma penal y otros quedan al margen de sus disposiciones. El individuo es uno, entero e indivisible y como tal, debe ser estudiado y comprendido. Desde el punto de vista funcional no hay nada que se separe al cuerpo y al alma, sino que ante un estímulo físico responde el organismo en su totalidad.

Así con base en esta individualidad, la síntesis criminológica pretendió medir el grado de peligrosidad que cada sujeto representaba para su comunidad; estableciéndose básicamente tres grados: Mínimo, medio y máximo, con sus respectivas aproximaciones.

Pese a que se trataba de encontrar parámetros individuales, se llegó al mismo error de siempre, el de considerar que podían existir tipos que, desde luego, deberían ser determinados con base en las características propias de cada persona.

La peligrosidad debería ser contrarrestada con alguna medida de seguridad, acorde con las características propias de cada persona, aunque siempre considerando que estuviese a salvo la seguridad de la sociedad. En las medidas asegurativas había una amplia gama, para escoger e imponer la adecuada.

Un código ecléctico, como lo es el nuestro, tomó ambos criterios revolviendo la responsabilidad penal y social y los dos revididos, las penas y las medidas de seguridad, asignando las primeras a los imputables y las otras a los inimputables y considerando que ambos deberían responder penalmente con fundamento en la peligrosidad.

La peligrosidad ha sido el común denominador de las dos facetas: A los incapaces se les mide el grado de peligrosidad (aunque jurídicamente no hayan cometido delito alguno) y a los capaces, se los juzga con base en la culpabilidad y en el grado de peligrosidad que representan para la sociedad.

Con ello, se ha tratado de encontrar, dentro de los mínimos y máximos de la punibilidad típica, el término exacto de la duración de las penas y de las medidas de seguridad. Pero no siempre ha sido así, porque en un principio la duración de las medidas para los incapaces no estaba basada en la peligrosidad y en los máximos de la duración de la punibilidad típica, sino que se previó que el sujeto se mantuviera encerrado todo el tiempo necesario para curarse.

Si nunca se curaba, podía permanecer encerrado de por vida. Sus garantías le fueron conculcadas (y siguen) de la forma más descarada, ya que hasta el defensor de oficio lo relega a un último plano y sus familiares ni se acuerdan de él.

Un concepto más congruente con la realidad, que nos demuestra una mayor manifestación de justicia para con la persona incapaz que ha cometido un delito, lo es para su temibilidad que científicamente se erige como el opuesto de la peligrosidad y que habrá de ser valorada en el elemento normativo.

Por el significado que le han otorgado, el hecho de que un individuo sea considerado como peligroso, denota que de un momento a otro, delinquirá nuevamente; es decir, que representa un peligro para la sociedad y que debe ser aislado del mismo. Y se lo está juzgando no por lo que hizo, sino por lo que puede hacer.

Aunque si es la sociedad la que se está imaginando ese peligro, porque determinadas características del sujeto le hacen presumir que es posible que vuelva a delinquir, más bien quedaría adecuado el concepto del temor. La peligrosidad está basada en el hecho de que el sujeto vuelve a delinquir y esto inspira temor.

La peligrosidad podría ser definida como la posibilidad de que un sujeto delinca de nuevo; en cambio, la temibilidad puede ser conceptualizada como el miedo que el sujeto le inspira a la sociedad, por sus características personales y la forma en que cometió el delito (aspectos subjetivo y objetivo).

La peligrosidad únicamente puede ser graduada con base en ese temor de la sociedad, no es un juicio normativo ni mucho menos cierto, porque no existen parámetros para determinar que el sujeto pueda violar otra vez los deberes de la norma penal y toda su valoración se basa en suposiciones.

Esto es un apriorismo y dicen que la criminología siempre ha estudiado hechos a posteriori; luego entonces, si no hay bases para sostener la ciencia cierta que un sujeto es peligroso, esta situación sería imaginaria, perteneciendo al campo de la ciencia ficción, resultando inaplicable.

Es más real evaluar al temor que al sujeto con determinadas características y lo que puede inspirarle al núcleo social; por lo tanto, resulta más certero hablar de un grado de temor que de peligrosidad, que será tasado con parámetros normativos, atendiendo a las peculiaridades del sujeto y a las circunstancias en que desplegó la conducta.

Las cosas que representan un peligro no son peligrosas en sí mismas, sino en la medida de la probabilidad de que el hecho se dé, es decir, en cuanto a que son posibles; además, trátase de personas y no de cosas. Entonces es más acertado y congruente hablar de una graduación del temor que de la peligrosidad.

Si es que la criminología atiende al hombre, la peligrosidad y sus grados salen sobrando de sus postulados, porque estas son evaluaciones en un juicio con objeto a futuro y no sobre lo que el individuo representa y realizó y en forma evidente se le están conculcando derechos garantizados en la Constitución.

Un estado de derecho debe procurar que el sujeto sea juzgado y sancionado solamente por la conducta que asumió y lo que ésta significa, no con base en aquello que hizo con anterioridad o en lo que probablemente nunca haga, porque puede suceder que esto no se encuentre bien fundamentado.

Es muy cierto que el sistema jurídico-penal tiene que pugnar por la protección al statu quo de la sociedad, pero también lo es que no puede olvidarse de que el hombre delictivo forma parte de ese mismo grupo y que a él también debe cobijarlo bajo el manto de esta tutela y evitar zaherirlo.

La criminología critica duramente a las leyes penales porque, entre otras cosas, establecen la agravación de las sanciones para los reincidentes, diciendo que ésto es violatorio del principio *non bis in idem*, toda vez de que estaríamos juzgando sobre la base de una conducta pasada y trastocando garantías individuales.

Pues la peligrosidad es exactamente lo mismo o tal vez peor, toda vez que aquí estaríamos enjuiciando al sujeto no solamente por lo que no ha hecho, sino por aquello que es probable que nunca haga y no podemos fundamentarnos en hechos imaginarios para emitir un juicio jurídico, máxime que no somos adivinos.

En todo caso, sigo considerando que es mucho mejor hablar del temor que una persona representa para la sociedad, porque es una base más real y sí que puede ser cuantificado con base en las características del individuo, de sus patrones conductuales y de todos los aspectos de la conducta que desplegó.

Resulta ser más aceptable el concepto de la temibilidad porque es más preciso y también resulta más fácil que sea determinado. Clasificar a una persona por su grado de peligrosidad significa tomar como apoyo apriorismos para adecuarla a un tipo determinado que desde siempre ha sido rechazado por el sistema jurídico-penal.

El juicio de temibilidad conforma al elemento normativo cuando se trata de calificar las conductas realizadas por los incapaces de comprensión, en el cual no se marcan requisitos determinados para llegar a la prueba de su existencia, aunque sí se brinda una cierta orientación para poder valorarlo.

Como ya dije, el elemento normativo se bifurca: Su primer camino toma en la culpabilidad (para personas capaces) y se compone de libertad, exigibilidad y reprochabilidad, el segundo lo es la temibilidad, que es un concepto amplio y no tiene elementos, así el juzgador utilizará los parámetros que considere convenientes.

Lo que sí es muy importante de analizar es el estudio médico psiquiátrico, toda vez de que en él va a ser estudiada la anomalía que padece el individuo para determinar si realmente anula su capacidad de comprensión, que es el indicador del procedimiento que vamos a tener que seguir en el juicio.

Ya una vez que ha quedado en firme que la persona pertenece a la categoría de los incapaces, la autoridad pondrá en juego su arbitrio y deberá buscar la motivación necesaria para resolver que el individuo que desplegó la conducta típica y antijurídica representa un cierto grado de temibilidad.

Inclusive podría adecuarse los elementos de la culpabilidad (atendiendo a sus limitaciones), para saber si el incapaz no fue amenazado, si estaba en posibilidades de ejecutar una conducta diversa y si la asumida le puede ser reprochada, porque estos elementos nos ayudarían a tasar la temibilidad.

(191) LAS CONSECUENCIAS DE LA APARICIÓN DEL ELEMENTO NORMATIVO.

Por ser el del elemento normativo el último juicio de la valoración que se hace en torno al delito, adquiere muchísima importancia, ya que en su etapa final se determina si es procedente declarar la existencia o inexistencia del ente jurídico-penal y si continuamos o no con el análisis de la responsabilidad.

En este apartado, adquiere preponderancia el sentido de justicia de las autoridades que realizan la valoración, toda vez de que deben precisar perfectamente los motivos que lo llevan a su decisión de afirmar que el sujeto enjuiciado es culpable o temible y de ello depende el análisis de su responsabilidad.

Es definitivo que en todo momento debemos tener presente que no es lo mismo hablar de culpabilidad o temibilidad y de responsabilidad, habida cuenta de que solamente las dos primeras forman parte de uno de los elementos del delito y la otra pertenece a un momento diferente de la valoración jurídica.

La CPELM es muy clara al precisar que los actos de las autoridades penales además de estar fundamentados y motivados, deben tener como base la comprobación del cuerpo del delito y de la responsabilidad del acusado, recalando con esto que deben ser dos las principales valoraciones jurídicas.

Si bien es cierto que la prueba de la culpabilidad o la temibilidad ya nos permite atribuirle el delito al sujeto que realizó la conducta típica y antijurídica, no menos cierto lo es que aún queda pendiente hacer el análisis de los elementos de prueba de la responsabilidad penal o social.

No resulta temerario afirmar que con la sola comprobación del elemento normativo nos podría llevar a la responsabilidad, sin que fuese necesario elaborar un juicio de valoración más, aunque los requisitos de nuestro sistema jurídico hace necesario que la responsabilidad sea valorada como cosa aparte.

Así, entonces, las consecuencias de la aparición del elemento normativo (culpabilidad o temibilidad), nos permiten declarar la existencia del delito en el mundo jurídico y ya podemos darle a la conducta típica y antijurídica un calificativo delictuoso determinado, acorde con las constancias procesales.

Finalizamos con la declaración de la existencia de un delito de homicidio, parricidio, aborto, etc., en el entendido de que han quedado probados o comprobados sus elementos subjetivo-material, regulador, valorativo y normativo y entramos al estudio de la responsabilidad de la persona inculpada.

(D) EL ASPECTO NEGATIVO DEL ELEMENTO NORMATIVO.

Hasta aquí hemos dado los lineamientos generales de los elementos que componen el aspecto positivo del elemento normativo (culpabilidad o temibilidad) y nos toca hacer el análisis de las hipótesis que dan lugar a la inculpabilidad y que traen como consecuencia la negación del delito en el mundo jurídico-penal.

Es importantísimo el hecho de aclarar que la temibilidad no tiene aspectos negativos determinados, en el entendido de que tampoco está configurada por ciertos elementos en su aspecto positivo y que la autoridad que realiza la valoración no va a probar su existencia, sino que se dedicará a excluirla.

Se da por sentado que el sujeto incapaz que ha desplegado una conducta típica y antijurídica es temible y únicamente va a valorarse en qué grado lo es, sin que esto de manera alguna le conculque sus derechos individuales garantizados en la Carta Magna y atendiendo a los objetivos del sistema jurídico-penal.

Nuestra disciplina fue creada, entre otras cosas, para proteger los bienes jurídicos fundamentales de las personas que integran el núcleo social y procurar la conservación del statu quo de la sociedad, reprimiendo las conductas negativas de los coasociados, aunque éstos sean incapaces de comprensión.

Es precisamente porque esas persona no pueden comprender el carácter ilícito de su comportamiento y desplegar un actuar en consecuencia, que se las presupone temibles para la agrupación y lo único que deberá valorarse es en qué medida lo son, para poder someterlas a una medida de tratamiento especializado.

Esta resolución válidamente podría ser guiada por un criterio de "protección a la sociedad" con sentido y fundamento jurídico, que es lo que trata de darle el sincretismo penal a todo el sistema existente, y no con la orientación extrajurídica que pretendieron brindarle los positivistas.

Por ello, substituí a la llamada "peligrosidad" por la temibilidad, otorgando los parámetros necesarios para cuantificarla, en el intento de que tanto capaces como incapaces gocen de un juicio justo que considere sus características personales y todos los aspectos del comportamiento asumido.

Entonces, el elemento normativo del delito que propongo solamente acepta aspectos negativos para la culpabilidad que lógicamente, sólo podrán operar a favor de las personas capaces de comprensión, a los cuales corresponden una hipótesis por cada uno de los elementos constitutivos que lo integran.

En el proceso de la valoración de elemento normativo, en su modalidad de culpabilidad, se corrobora que aparezcan uno a uno sus componentes *sine qua non*; si se presenta la situación de que no se compruebe la existencia de uno solo de ellos, porque aparece su aspecto negativo, existe una inculpabilidad.

Si esto acontece, la valoración jurídica habrá finalizado, declarando la inexistencia del delito y resultaría innecesario entrar al análisis de la responsabilidad. La pretensión punitiva debe cesar en todos sus efectos, archivando la averiguación previa o absolviendo al individuo en la sentencia.

La concepción dogmática del aspecto negativo del elemento normativo, en su faceta de culpabilidad, puede obtenerse al momento de hacer la interpretación a contrario sensu de los artículos 80. y 90. del CPF y sus correlativos en las legislaciones de los Estados, si aceptamos la teoría psicológica.

Si pugnamos por el normativismo causalista, los preceptos mencionados solamente nos permiten obtener la concepción dogmática del dolo o de la culpa y el 15 fracción II dará la de la imputabilidad. Este último fundamento funcionaría también en el normativismo finalista.

En el aspecto negativo del elemento normativo, en su modalidad de culpabilidad, se reafirma el principio rector general del derecho que nos dice: *Nullum crimen sine culpa*, no hay delito sin culpabilidad, que fue elegido para denominar el último capítulo de la sección dedicada a la teoría general del delito.

El marco teórico de las hipótesis del aspecto negativo del elemento normativo (inculpabilidad), comprende los temas que aporto a continuación, ordenados en forma sistemática, tal cual deben ser valorados por las autoridades encargadas de realizar el procedimiento penal:

1. La coacción.
2. La no exigibilidad (inexigibilidad).
3. La no reprochabilidad (irreprochabilidad)

Estas hipótesis son las contrarias de los elementos de la culpabilidad, con la siguiente correspondencia:

1. Ejercicio de la libertad al actuar = coacción;
2. Exigibilidad = inexigibilidad;
3. Reprochabilidad = irreprochabilidad.

Me toca como siguiente paso, entrar al análisis por separado de cada una de ellas.

(192) LA COACCION.

Si dijéramos que el lugar del primero de los elementos de la culpabilidad le correspondía al ejercicio de la libertad al actuar, poderíamos afirmar que la primera hipótesis de inculpabilidad se presenta cuando el autor no pudo ejercer esa libertad, porque fue determinado a la conducta por la influencia de una voluntad ajena.

Para que un comportamiento pueda ser exigible y reprochable, es preciso que el actor se haya decidido libremente a ejecutarlo; tan sólo cuando la persona actúa con plena libertad tiene sentido reprocharle la conducta asumida y puede responsabilizarse por ella, al ser declarada su culpabilidad.

El ejercicio de la libertad al actuar implica no solamente que la persona se haya decidido voluntariamente a accionar u omitir la conducta prohibida u ordenada, sino también que esa voluntad se presente libre de vicios; es decir, que la motivación del actor sea normal, pura, limpia.

Recordaré que la única hipótesis que anula al ejercicio de la libertad al actuar que requiere la culpabilidad del elemento normativo lo es la *vis compulsiva* o coacción, que puede ser entendida como la fuerza de carácter moral que se ejerce en el ánimo del sujeto para determinar a la actuación.

La coacción se presenta como la amenaza de un mal de ejecución mediata o inmediata, que se refiere a los bienes jurídicos de la persona sobre la cual se ejerce o de sus allegados. Dicha amenaza debe ser de naturaleza seria y grave a tal grado de que determine al sujeto a cometer la conducta delictiva.

El individuo que actúa compelido quiere la realización del delito, es decir, que acciona u omite en forma voluntaria, con plena consciencia de que esa conducta es ilícita; por ello la coacción no funciona como una de las hipótesis que anulan al elemento subjetivo-material, sino como causa de inculpabilidad.

La voluntad coaccionada conlleva un vicio, anula al ejercicio de la libertad al actuar y ante esta circunstancia, no puede haber exigibilidad de otra conducta ni mucho menos reprochabilidad, resultado prácticamente imposible decir que el sujeto es culpable y tendrán que serle otorgados los beneficios de la inculpabilidad.

La coacción o *vis compulsiva*, precisa de los siguientes elementos:

1. Una fuerza de carácter moral;
2. Que anuncia un mal mediato o inmediato;
3. Sobre bienes jurídicos propios o ajenos;
4. Ejercida sobre el ánimo del sujeto;
5. De carácter serio y grave;
6. Irresistible;
7. Que determine al sujeto a actuar.

Aunque con ciertas limitaciones, la coacción puede ser analizada en la temibilidad, para graduar el temor que el sujeto le inspira al núcleo social y fundamentar la aplicación de las medidas de tratamiento especializado, porque un incapaz también puede ser amenazado para que lleve a cabo la conducta.

La coacción funciona tanto para los delitos dolosos como para los culposos, sin que represente mayor problema. Un individuo que actúa con intención indirecta (culposamente) bien puede ser determinado a ejecutar la conducta que produce el resultado dañoso, como consecuencia de violar un deber general de cuidado.

La persona que actúa coaccionada no responde por la lesión, puesta en peligro, destrucción o contravención del derecho fundamental que protege la norma, en virtud de que le ampara un aspecto negativo del delito, debiendo responsabilizarse a la persona que ejerció la fuerza moral para determinar a la actuación.

Si se prueba que existió la *vis compulsiva*, con aspecto negativo del elemento normativo, en su faceta de culpabilidad, ya no será necesario atender a si pueden integrarse la exigibilidad y la reprochabilidad, resultando procedente hacer la declaración de inexistencia del delito por inculpabilidad.

(193) LA INEXIGIBILIDAD.

La psicología no encontraba la posibilidad de establecer un nexo común entre el dolo y la culpa. En 1907, FRANK hace el intento de unirlos con un elemento que valiera para ambos y así da lugar a los principios de la teoría de la culpabilidad normativa, haciendo un análisis de su derecho positivo. (1296)

En el clásico ejemplo de la balsa de CARNEADES, cuando la tabla es insuficiente para soportar el peso de los dos náufragos, si uno de ellos lanza al otro al agua para salvarse, es innegable que actúa en forma dolosa, aunque a pesar de ello debe afirmarse que obró sin culpabilidad, atendiendo a la anomalía de las circunstancias.

MAURACH dice: "En un caso tan anormal, la ley pierde su carácter de norma imperativa, pues estamos frente a una situación en la cual es preciso hablar de la no exigibilidad de una conducta según la norma, ya que la ley o se dicta para héroes de un altruismo ilimitado, sino para el hombre medio". (1297)

Un principio rector general del derecho alemán nos dice: "Not kennt kein gebot (la necesidad no conoce la ley)". Lo cual se puede traducir diciendo que en los extremos, la ley pierde su fuerza determinante de la conducta humana y significa que una conducta dolosa no siempre es culpable.

Cuando las circunstancias concomitantes en el momento delictivo son en extremo anómalas, se excluye la culpabilidad, porque en esos casos es imposible exigirle al autor una conducta diversa. El criterio característico de la culpabilidad, que funciona tanto para el dolo como para la culpa, lo es la exigibilidad que lleva al reproche. (1298)

MAURACH recalca: "El haber actuado de una manera culpable (dolosa o culposa), no puede ser reprochado cuando es imposible exigir del autor del crimen una conducta según la norma; y, en consecuencia, la no exigibilidad de una conducta según la norma, es una circunstancia que descarta, a pesar del dolo y a pesar de la culpa, la culpabilidad del autor". (1299)

La teoría postulada por FRANK logró aceptación, mas faltaba determinar los requisitos necesarios para que la no exigibilidad fuese reconocida como una causa de inculpabilidad válida. Se habló de la necesidad extrema, cuando colisionaban valores jurídicos equivalentes, (vida humana contra vida humana).

También fue aceptada la inexigibilidad para los casos de coacción y para el abuso o exceso en la legítima defensa, cuestionándose también la situación problemática de reglamentar la no exigibilidad en tipos cerrados o en una fórmula general que la ampliara.

El mismo MAURACH nos habla de esta regla: "La culpabilidad de cada autor de acción ilícita se descarta si el autor se ha visto obligado a actuar en circunstancias tan anómalas, que no se puede exigir de él una conducta conforme a la norma". (1300) Así se llega a la afirmación de un estado de necesidad supralegal.

La no exigibilidad se basa también en otro adagio jurídico que dice así: Ultra posse nemo obligatur (contra lo imposible nadie está obligado), manifestándose así que en la inexigibilidad se valora la posibilidad real del autor de conformar su conducta a los parámetros de la ley, atendiendo a la normalidad de las circunstancias.

(1296) FRANK. Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad. p. 45. Editorial Universitaria, S.A., Santiago de Chile, 1965.

(1297) MAURACH. Tres Conferencias. p. 344. Universidad del Externo de Colombia. 29 y 30 de septiembre y 1º de octubre de 1965.

(1298) MAURACH. Op. cit. p. 345.

(1299) MAURACH. Op. cit. p. 346.

(1300) Cfr. MAURACH. Op. cit.

Las situaciones exógenas determinantes de la conducta hacen patente el hecho de que al autor no pueda exigírsele un comportamiento diferente al que desplegó, atendiendo al parámetro general de que cualquier otro al encontrarse ante circunstancias anormales similares, habría obrado también en forma ilícita.

Son hipótesis de apuro, de peligro, de necesidad extrema o de imposibilidad física en las cuales el mandato imperativo de las normas jurídico-penales deja de tener vigencia, atendiendo a la fragilidad humana, a las debilidades naturales, las que hacen imposible que la exigibilidad pueda darse.

Los supuestos de no exigibilidad funcionan tanto para los delitos dolosos como para los culposos. A mi entender, no es necesario que la ley limite en forma expresa los casos de inexigibilidad, bastando tan sólo con una fórmula general que las autoridades colmarán a su leal saber y entender.

Es ese espíritu de justicia que pervive en la consciencia de las autoridades el que los indicará en qué casos no le será exigible al autor que conformará su conducta a las órdenes de la ley, a virtud de que al encontrarse ante situaciones tan anormales, probablemente cualquier otro actuaría de semejante manera.

El único límite que tiene la no exigibilidad se da con relación a la forma en que el hecho ocurre y corriente actuaría al estar en presencia de circunstancias anormales concretas, que impliquen un peligro grave, un apuro, una necesidad extrema, o bien una imposibilidad física para actuar en consecuencia al conocimiento de la ilicitud.

Los autores nos hablan de la coacción, del aborto terapéutico, de los estados de cansancio, del miedo, del horror, del peligro remoto para el bien jurídico, de la pasión, del menoscabo del interés injusto, etc. (1301)

Yo considero que podrían ser adoptados como casos de inexigibilidad todos aquellos supuestos en los cuales las circunstancias externas anormales determinen al sujeto a desplegar una conducta contraria a las normas del sistema jurídico-penal, en los que por ende, tampoco se dará la reprochabilidad.

Pueden enunciarse el miedo grave, el temor fundado, la orden jerárquica (cuando no existe la superioridad administrativa), la urgencia, la necesidad extrema y en general, todas aquellas circunstancias externas que no son propias del sujeto que despliega la conducta y que lo determinan a la actuación.

Son hipótesis en las que la autoridad debe poner en juego toda su consciencia de justicia, para no provocar actuaciones jurídicas injustas para el sujeto activo del delito ni para el pasivo, porque todos sus actos deben propender a la seguridad dentro del marco del sistema de normalidad legal.

La no exigibilidad puede llevarnos a la justicia y a la injusticia, por ello es necesario que los casos sean analizados con sapiencia y consciencia, porque esta causa de inculpabilidad nos lleva a reafirmar el anhelo de justicia distributiva que debe guiar todas las actuaciones en el ámbito punitivo.

(194) LA IRREPROCHABILIDAD.

Se da la irreprochabilidad cuando el autor, a pesar de haber actuado con pleno ejercicio de su libertad y en un estado de normalidad de las circunstancias concomitante, no logra actuar en consecuencia a la comprensión de la ilicitud de la conducta; es decir, que no pudo dominar la situación.

La persona sale perfectamente que el comportamiento que ha realizado es contrario al deber ser jurídico-penal, aunque por un trastorno físico o mental, le es imposible ajustar su comportamiento a los parámetros legales, para evitar la lesión, la puesta en peligro la destrucción o la controversia de un bien jurídico.

Estos supuestos incluyen a las circunstancias propias del sujeto que ha realizado la conducta, de carácter interno o externo, que le impiden conducirse de acuerdo con la comprensión de la ilicitud, a virtud de que lo determina a accionar u omitir el comportamiento exigido.

Aquí puede mencionarse al sordomudo, al anciano, al inválido, al décrepito, al ciego, al ambliope, al dionésiano y, en general, a la persona que por cualquier circunstancia propia no pueda tener el dominio del hecho, para actuar conforme a las ordenanzas de las normas jurídico-penales.

Considero que implican una disminución física, o bien una alteración en la capacidad mental que no le impido al sujeto comprender la ilicitud de su conducta, aunque sí nos permiten afirmar que no lo posibilitan para conducirse de acuerdo con esa comprensión, para que logre adoptar la conducta debida.

Anulan la posibilidad de fundamentar un juicio de reproche, en vista de que el sujeto por sus características peculiares estaba en la imposibilidad de adquirir el dominio del hecho, para conformar su actuación a los parámetros jurídicos y evitar la reprobación del comportamiento asumido.

La irreprochabilidad funciona en los delitos dolosos y culposos, sin que deje traslucir mayor problema. Al igual que la exigibilidad y su contraria y que la reprehabilidad, la irreprochabilidad está en la cabeza de la autoridad, toda vez de que debe estipularse en una fórmula general.

El espíritu de justicia que guía las actuaciones de las autoridades penales, las llevará a establecer en que casos no le es reprochada la conducta al sujeto, porque no logró adquirir el dominio del hecho, para conducirse de acuerdo con la comprensión de la ilicitud de la conducta.

(195) LAS CONSECUENCIAS DE LA AUSENCIA DEL ELEMENTO NORMATIVO.

Si en el juicio de la valoración jurídica del delito aparece demostrada una causa de inculpabilidad, bien sea la coacción, la no exigibilidad o la reprehabilidad, la tarea de las autoridades habrá finalizado, declarando que el delito es inexistente para el mundo jurídico, por no haberse integrado el elemento normativo.

Aquí la pretensión punitiva debe cesar en todos sus efectos, trayendo como consecuencia el archivo de la averiguación previa o la sentencia absolutoria, al operar en favor del procesado una causa de inculpabilidad que impide la aparición jurídica del delito y resultando irrelevante el análisis de la responsabilidad.

La ausencia del delito imposibilita a las autoridades para hacer la consignación, para acusar o para sentenciar condenatoriamente, por lo tanto resulta ilógico pensar en la posibilidad de que pueda ser aplicada una pena, inclusive la reparación del daño, toda vez de que ellas exigen la comprobación del delito y de la responsabilidad.

Cuando el elemento normativo del delito no aparece probado y comprobado, finaliza toda la actividad procesal penal, con la declaración de que la conducta enjuiciada no integra al ente jurídico y la persona procesada debe ser puesta en absoluta e inmediata libertad, quedando tan sólo la posibilidad de resarcirla de alguna manera.

(E) LOS CUADROS SINOPTICOS.

- (a) EL ASPECTO POSITIVO DEL ELEMENTO NORMATIVO. Presencia de la culpabilidad o la temibilidad.

PRINCIPIO RECTOR: NULLUM CRIMEN SINE CULPA.

CULPABILIDAD: Para personas capaces de comprensión.

1. Presupuesto: Ejercicio de la libertad de actuar.
2. Elementos: Exigibilidad y reprochabilidad.

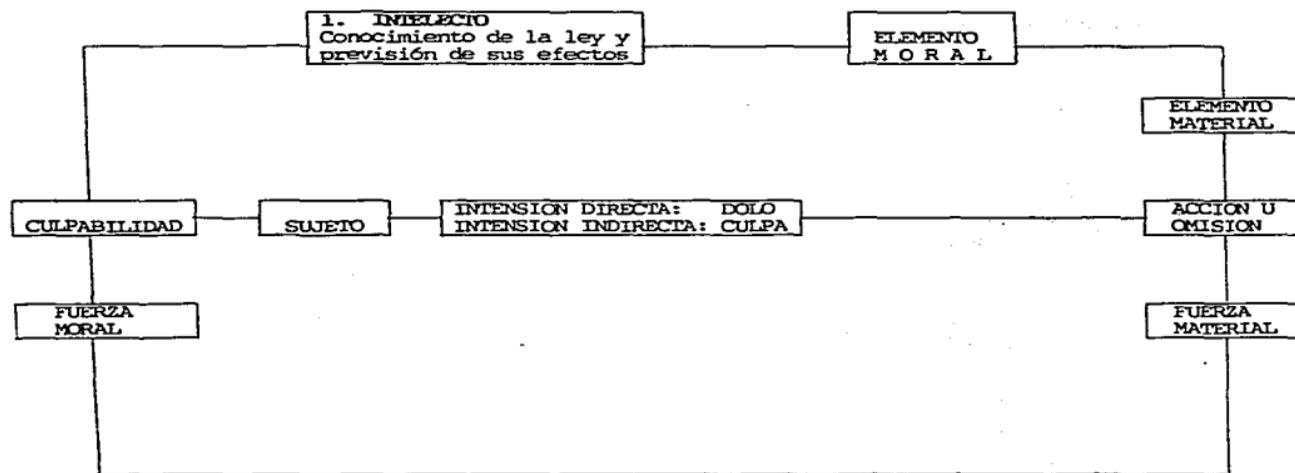
TEMIBILIDAD: Para personas incapaces de comprensión.

1. Bases para graduarla:

- a) Dictamen médico-psiquiátrico que determine la incapacidad.
- b) Circunstancias exteriores de ejecución.
- c) Reacción social

ELEMENTO
NORMATIVO

(b) LA CULPABILIDAD EN EL PSICOLOGISMO



TEORIA DE LAS FUERZAS DE CARRARA

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

FINALIDAD DE LA TEORIA DE LAS FUERZAS {UNIFICAR AL ALEMENTO MATERIAL CON EL MORAL EN EL DELITO}

(c) LA CULPABILIDAD EN EL PSICOLOGISMO.

ELEMENTO
INTELLECTUAL

Desconocimiento de la realización de los elementos
tipos o de las circunstancias del delito.

Desconocimiento de la realidad fáctica
Desconocimiento de la realidad jurídico-penal o extrapenal

Desconocimiento de la significación
antijurídica de la conducta

EFECTOS: Cuando es esencial e impenible anula al dolo; en cambio, si es vencible deja subsistente a la culpa, si el
delito acepta esa toma de comisión.

ERROR DE
H E C H O

ERROR DE
LICITUD

ERROR DE
DERECHO

EXCUSENTES PUTATIVAS
OBEEDIENCIA JERARQUICA

IGNORANCIA DE LA LEY
FALSO CONOCIMIENTO

Confusión: Error en la persona

Desviación: Error en el golpe
Error en el delito
Error en los medios

ERROR INESPECIAL O ACCIDENTAL

EFECTOS: No tiene la fuerza suficiente para anular a la culpabilidad.

ELEMENTO
VOLITIVO

VOLUNTAD VICIADA ----- COACCION ----- NO INTENCION
EFECTOS: Anula al dolo en su elemento emocional (querer)

No evitación de lo inevitable
No previsión de lo imprevisible

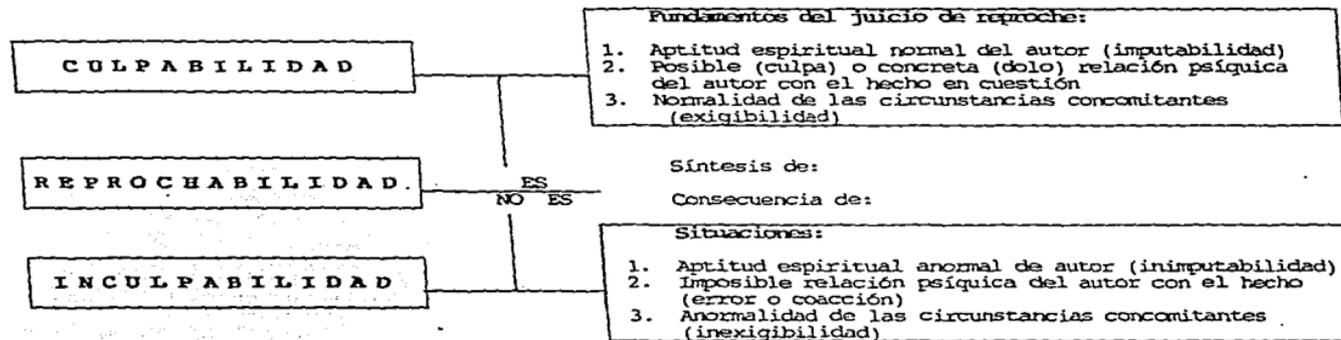
CASO FORTUITO

EFECTOS: Límite de la culpa y de la culpabilidad misma

HAY INCULPABILIDAD: Cuando al juez no le es posible llegar a establecer un nexo psicológico entre el autor y el
resultado dañoso.

EN CONCLUSION: No hay dolo.

(d) LA CULPABILIDAD EN EL NORMATIVISMO CAUSALISTA.



TEORIA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD DE FRANK

(e) LA INCULPABILIDAD EN EL NORMATIVISMO CAUSALISTA.

C A U S A S :

RECAE EN:

CONSECUENCIAS

INIMPUTABILIDAD:

Incapacidad de responder
en el juicio de reproche.

Motivación normal

ERROR:

1. De tipo.
2. De licitud.
3. De derecho:
 - a) Penal
 - b) Extrapenal

Conciencia de la
antijuridicidad

COACCION:

Fuerza moral que es
ejercida sobre el sujeto
para obligarlo al delito

Voluntad

IRREPROCHABILIDAD

INEXIGIBILIDAD:

Imposibilidad de exigir
un actuar que se conforme
a derecho

Circunstancias
Concomitantes

HAY INCULPABILIDAD: Cuando el juez no le es posible llegar al reproche de la conducta porque el sujeto es inimputable, está en error, se ejerció coacción sobre él o no se le podía exigir un actuar conforme a derecho.

EN SINTESIS: No hay reprochabilidad.

(f) LA CULPABILIDAD EN EL NORMATIVISMO FINALISTA.

C
U
L
P
A
B
I
L
I
D
A
D

1. Exigibilidad de una conducta conforme a la norma
2. Imputabilidad
3. Posibilidad concreta de conocer la ilicitud

NORMATIVISMO = REPROCHABILIDAD

I
N
C
U
L
P
A
B
I
L
I
D
A
D

1. No exigibilidad
2. Inimputabilidad
3. Error de prohibición

NO REPROCHABILIDAD

TEORIA DE LA CULPABILIDAD FINALISTA DE MAURACH

(g) LA INculpABILIDAD EN EL NORMATIVISMO FINALISTA

C A U S A S :

INIMPUTABILIDAD:

Incapacidad de discernimiento y control

ERROR DE PROHIBICION:

Imposibilidad de conocer la ilicitud de la conducta

INEXIGIBILIDAD:

Imposibilidad de exigir un actuar conforme a derecho ante situaciones anormales

REcae EN:

Motivación normal

Posibilidad concreta de conocer la ilicitud de la conducta

Exigibilidad

CONSECUENCIAS

NO REPROCHABILIDAD

HAY INculpABILIDAD: En los casos en que al sujeto no puede reprochársele su conducta por ser inimputable, estar ante un error de prohibición o porque no le es exigible otra conducta.

EN SINTESIS: No hay reprochabilidad.

(h) LA AUSENCIA DEL ELEMENTO NORMATIVO DEL DELITO.

	C A U S A :	RECAE EN:	CONSECUENCIAS
I N C U L P A B I L I D A D	COACCION: Fuerza moral que se ejerce sobre el sujeto para determinarlo al delito	Ejercicio de la libertad de actuar	MOTIVACION ANORMAL No hay exigibilidad
	INEXIGIBILIDAD: Imposibilidad de exigir un actuar conforme al mandato de la norma	Exigibilidad	CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES ANORMALES No hay reprochabilidad
	IRREPROCHABILIDAD: Imposibilidad de reprocharle su conducta al actor	Reprochabilidad	IMPOSIBILIDAD DE ADQUIRIR DOMINIO DEL HECHO No hay culpabilidad

EL ELEMENTO NORMATIVO TEMIBILIDAD NO TIENE ASPECTOS NEGATIVOS, LAS CIRCUNSTANCIAS INTERNAS Y EXTERNAS ANORMALES SOLO INFUYEN EN SU GRADUACION.

HAY INCULPABILIDAD: Cuando el autor se motivó en forma anormal, las circunstancias concurrentes eran anormales o no logró adquirir el dominio del hecho.

(P) REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. ALDRENA. Il Concetto Unitario del Reato Culposo.
2. ALMANAZ HARRIS. El Delincuente.
3. ALPENDING. Untersuchungen ueber des Mulposse Verbrechen.
4. ANGIOLINI. Del Delitti Culposi.
5. ANICLISEI. Manuale di Diritto Penal.
6. ARISTOTELIS. Etica a Nicomaco.
7. BACAGLINI. Diritto Penale. Parte Generale.
8. BINDING. Die Normen und ihre Ursprungung.
9. BENTHAM. Diritto Penale.
10. CARMIGNANI. Juris Criminale Romano.
11. CARRANZA Y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano. Tomo I.
12. CASARUA. Programa de Derecho Criminal. Volumen I.
13. CASTELLANOS YMA. Liraciones Elementales de Derecho Penal.
14. CLAREA. CASAREIN. Principios Fundamentales de Derecho Penal.
15. CLARRA GARCIA. Peli. Posidad.
16. CURILLO CALON. Derecho Penal. Parte General.
17. FERRI. Principii di Diritto Penale.
18. FERRI. Il Nuovo Orizzonti del Diritto e della Procedura Penale.
19. FINGER. Lehrbuch des Deutschen Strafrecht.
20. FONTAN BALESTRA. El Elemento Subjetivo del Delito.
21. FLORES MARQUEN. El Derecho Romano Privado.
22. FRANK. Vortstellung und Velle Zeilenschrift Fur Gestande Strafrechtswissenschaft. Volume 4.
23. FRANK. Ueber den Aufbau der Schuldschuldfrage.
24. FRANK. Sobre la Estructura del concepto de Culpabilidad.
25. FROMM. El Corazón del Hombre.
26. GONZALEZ. Introduccion a la Psicología.
27. GOLDSCHMIDT. La Concepción Normativa de la Culpabilidad.
28. GRUPO LATINO DE STUDIOS MEDICOS, FILOSOFICOS Y JURIDICOS. El Culpable ¿Es un Enfermo o un Pecador?
29. HALES. Principii Generali di Diritto Penale.
30. ISLAS y RAMIREZ. El Error en el Modelo Técnico de Derecho Penal.
31. JIMENEZ DE AZUZA. La Ley y el Delito.
32. JIMENEZ DE AZUZA. Tratado de Derecho Penal. Tomos IV y V.
33. REISEN. Haupt Probleme der Strafrechtliche.
34. LIST. Tratado de Derecho Penal. Tomo III.
35. MACCIGRE. Derecho Penal. Tomo I.
36. MARQUEZ PLAZO. Derecho Penal. Parte General.
37. MALPACI. Tres Conferencias.
38. MALPACI. Tratado de Derecho Penal. Volumen I.
39. MEDINA HERNANDEZ. La Antijuridicidad. Problema Central del Derecho.
40. MEDINA HERNANDEZ. ¿Que Es la Justicia Penal por los Interpresados?
41. MEDINA HERNANDEZ. Un Estudio Técnico y Jurídico del Delito Penale Criminal.
42. MEDINA HERNANDEZ. Curso de Derecho Penal. Parte General. Tomo II.
43. MEDINA. Tratado de Derecho Penal. Tomo II.
44. MORENO HERNANDEZ. Consideraciones Legámicas y Político-Criminales en torno a la Culpabilidad.
45. MURCE. Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad de GOLDSCHMIDT.
46. MURCE. Derecho Penal. Tomo II.
47. PARRAIN. Manuale di Diritto Penale.
48. PAVON VASQUEZ. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General.
49. ROJAS PÉREZ. Apuntaciones de la Parte General de Derecho Penal.
50. PONS PÉREZ. Programa de la Parte General de Derecho Penal.
51. RANIERI. Diritto Penale. Parte Generale.
52. RANIERI. Il Problema della Colpevolenza.
53. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española.
54. REYES. La Culpabilidad.
55. REYES. Derecho Penal. Parte General.
56. ROJAS. Política Criminal y Sistema de Derecho Penal.
57. ROJAS. Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal.
58. SCHNEIDER. Die Ethik der Libertad y de la Dignidad.
59. SCHER. La Raíz de la Culpabilidad.
60. VELA TORVINO. Culpabilidad e Inculpabilidad.
61. VILLALBA. Derecho Penal Mexicano.
62. WEIZEL. Derecho Penal. Parte General.
63. WEIZEL. Derecho Penal Aleman.
64. WEIZEL. El Nuevo Sistema de Derecho Penal.
65. WEIZEL. La Teoría de la Acción Finalista.

SECCION TERCERA
LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD

S U M A R I O

LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD. LA TEORIA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD POR LA INTERVENCIÓN EN EL DELITO: (A) LAS NOCIONES GENERALES: (196) La Intervención en el Delito: (a) La Denominación. (b) El Concepto. (c) Los Requisitos. (d) De los Autores y los Partícipes. (197) La Diferencia de la Intervención con otras Formas Similares: (a) La Intervención y los Requisitos del sujeto activo. (b) La intervención y las Figuras Típicas. (c) La Intervención y las Figuras Participativas no Sancionadas. (198) La Situación Problemática de la Intervención: (a) La Intervención y los Delitos Consumados y en Grado de Tentativa. (b) La Intervención y la Intensión. (c) La Intervención y las Acciones y Omisiones. (d) La Intervención y los Delitos Especiales. (199) Los Principios de la Teoría de la Intervención en el Delito: (a) El Principio de la Identidad del Tipo. (b) El Principio de la Convergencia Objetiva y Subjetiva. (c) El Principio de la Irreductibilidad. (d) El Principio de la Exterioridad. (e) El Principio de la Comunicabilidad. (f) El Principio de la Accesoriadad. (g) La Posición de la Escuela Ecológica. (h) Mi Opinión. (200) La Responsabilidad. (201) Las Clases de Responsabilidad. (202) El Fundamento de la Responsabilidad.: (a) La Responsabilidad Objetiva o Material. (b) La Responsabilidad Subjetiva o Personal. (c) La Responsabilidad por la Intervención en el Delito. (203) La Responsabilidad y sus Relaciones: (a) La Responsabilidad y la Imputabilidad. (b) La Responsabilidad y la Culpabilidad. (c) La Responsabilidad y las Sanciones Penales. (B) MI TEORIA. (204) Los Grados de Intervención en el Delito. (205) La Intervención en Acuerdo o Plan. (206) La Intervención en la Preparación. (207) La Intervención Mediata. (208) La Intervención Intelectual. (209) La Intervención Material. (210) La Intervención en Coautoría. (211) La Intervención en Complicidad. (212) La Intervención Subsecuente. (213) La Intervención en Autoría Correlativa o Correspectiva. (214) La Intervención en el Delito Remanente. (215) Las Consecuencias de la intervención. (216) Las Circunstancias y la Intervención. (217) La Responsabilidad. (218) La Responsabilidad Penal. (219) La Responsabilidad Social. (220) La Responsabilidad de Menores. (221) La Responsabilidad del Estado. (222) La Responsabilidad Solidaria y Subsidiaria. (223) La Responsabilidad Civil Derivada de un Acto Ilícito Penal. (223) La Manera de Valorar la Responsabilidad. (224) La Irresponsabilidad. (C) LOS CUADROS SINOPTICOS: (a) La Situación Problemática de la Intervención. (b) La Intervención en el Delito. (c) Los Principios de la Teoría de la Intervención. (D) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

SECCION TERCERA.

LA NUEVA ESTRUCTURA DE LA RESPONSABILIDAD.

"El sucesivo desarrollo de las reglas de la responsabilidad nos ha conducido hasta la individualización del autor del hecho sobre el cual debe desentenderse el poder de la sanción". SEBASTIAN SOLER.

LA TEORIA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD POR LA INTERVENCIÓN EN EL DELITO.

En nuestro sistema jurídico-penal positivo, no basta con dar por comprobada la existencia del ilícito, para proceder a individualizar e imponer las sanciones sino que es preciso que verifiquemos el otro de los extremos que nos marca la CPEUM en sus postulados y que está constituido por la responsabilidad.

Tal y como sucede con todos y cada uno de los problemas que la integran el cúmulo de conocimientos sobre el cual trabaja la ciencia jurídico-penal, el fundamento y los motivos de la respuesta ante la ley, han dado lugar a enconadas polémicas, permitiéndonos crear un apartado especial: "La Teoría General de la Responsabilidad por el Delito".

También esta institución ha pasado por múltiples estadios, que van desde aquellos que la consideraron como simple causalidad material (aspecto objetivo puro), los casos de versari in re lecita e illocita, el hecho de responder solamente por la culpabilidad (aspecto subjetivo puro) o bien, por lo querido y lo causado.

La teoría general de la responsabilidad adquiere notabilísima importancia, en el entendido de que juega un papel de mucha trascendencia como base del fundamento y la motivación para individualizar e imponer las sanciones. Por ello hoy a propósito de analizar el contenido en la teoría de tradición y en la posición que adopto.

Atendiendo a una parte de las ideas centrales que dominan en mi obra, es muy necesario que determinemos en forma precisa qué es lo que debemos entender por responsabilidad, que no es lo mismo que la culpabilidad (éstas sí es elemento del delito), como puede verse por la lectura de los autores juspenalistas.

El afán del Constituyente de 1917 fue muy claro, cuando en el artículo 199 de la CPEUM, diferencia entre el cuerpo del delito y la responsabilidad, que son los dos momentos que debe reunir el auto de formal prisión, además de enunciar los preceptos que lo fundamentan y los motivos que lo impulsan. (1902)

Esto nos demuestra que, al menos en nuestro sistema, debemos distinguir entre lo que es el delito y lo que viene a ser la responsabilidad. Si a la culpabilidad se la considera como uno de los elementos del ente jurídico-penal, es obvio que no puede tenerse como idéntica a la responsabilidad, la cual sólo le sirve de complemento.

En mi concepto, no es lo mismo declarar que una persona es culpable de la comisión de un delito, que tenerla como responsable de él. Culpas equivale a imputar, a determinar lo que procede de un sujeto; en cambio, responsabilizar significa que vamos a hacer que responda por aquello que hemos probado que es de él.

Tal vez el problema que ahora nos ocupa haya empezado desde la gestación del antiguo derecho germánico, en la época franca del derecho penal y en la tardía Edad Media, en la cual dominó el principio de la responsabilidad por el resultado, aunque no por él mismo, sino por la interpretación equivocada que le fue hecha.

Es muy cierto que al hombre iba a responsabilizársele por los resultados dañinos que hubiese producido con su actuación ilícita y con base en ello, le sería imputada una determinada pena, aunque no por eso habríamos de igualar a la responsabilidad con la culpabilidad, que son aspectos muy bien diferenciados.

Sin embargo, cuando el principio de la responsabilidad por el resultado pretende ser substituido por el de la responsabilidad por la culpabilidad, ya la cosa cambia y los juristas empezaron a considerar que ésta y la responsabilidad eran una sola cuestión, porque siendo culpable, ya se tenía que ser responsable.

Como ya dije, en nuestro sistema jurídico-penal sí que tenemos que hacer un claro distinción entre ambas instituciones, porque así nos lo manda la Carta Magna que nos rige. Una vez terminada de analizar la culpabilidad en la teoría del delito, me permito pasar a hacer lo propio con la responsabilidad.

(A) LAS NOCIONES GENERALES.

Es muy importante que aclare que una teoría de la responsabilidad por la intervención en el delito, tal y como la concibo, no existe unificada en la teoría tradicional y generalmente, sus temas los encontramos dispersos en sendos apartados, que se denominan: La Responsabilidad y La Autoría y La Participación.

(1902) El artículo 19 de la CPEUM dice: "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con auto de formal prisión, en el cual se expresará: los elementos que constituyen aquél (incluida la culpabilidad), lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para probar el cuerpo del delito y hacer probables la responsabilidad del acusado".

A su vez, el instituto ha sido ligado a los problemas que son analizados en lo atinente a la imputabilidad y su aspecto negativo (la inimputabilidad) —que englobé en la conducta— y al libre albedrío y el determinismo —que manéjé en la culpabilidad—, según la tendencia del autor que las esponga.

FONTAN BALESTRA trata del porqué el delincuente debe soportar todas las consecuencias legales de la infracción y en ese apartado nos explica a la responsabilidad. (1303) Así, tenemos que analiza la llamada "responsabilidad moral", la responsabilidad social, las doctrinas intermedias y la peligrosidad.

GONZALEZ ROURA expone la responsabilidad penal y explica los fundamentos de esta institución jurídica en las escuelas espiritualista, positiva e intermedia y en la ley. Dice que las tendencias modernas prefieren el término de "imputabilidad" y confundiéndonos, la llaman, al mismo tiempo "responsabilidad". (1304)

MUREZ en el tomo II de su Tratado, no dedica una parte exclusiva para la responsabilidad. En el párrafo VII "La culpabilidad del autor", dentro de los principios generales, uno de sus incisos lo refiere al fundamento personal de la responsabilidad penal, afirmando la responsabilidad personal culpable. (1305)

PIERRO, en su brillante monografía, "Teoría de la Participación Criminal" olvidó, a mi juicio, asentar la importante relación que se da entre la responsabilidad y las distintas formas de intervenir en el delito. (1306) Sin embargo, ha de servirnos para el desarrollo de nuestra temática.

Las posturas que analizaré se encuentran contenidas en las teorías generales de la conducta, de la imputabilidad, de la culpabilidad y de la autoría y participación; escasamente utilizaré algunas que sean propias de un apartado especial, que se denomina "de la responsabilidad"

Así, para no ennumerar un sinnfin de obras clásicas, debo hacer la aclaración de que para proceder al desglose del sumario al inicio de esta Sección, tenemos que considerar las diferentes opiniones de los diversos autores de esta tendencia, aunque pertenezcan a una integración distinta.

(B) LOS VINCULOS DE LA RESPONSABILIDAD.

Es menester asentar los primeros planteamientos: ¿El hombre debe responder por lo querido o por lo causado? Es decir, para fundamentar y motivar la existencia de un acto de autoría penal, ¿tenemos que tomar en cuenta solamente aspectos subjetivos, objetivos o bien, unos y otros?

¿Ha de responsabilizársele al sujeto por igual, bien sea que se trate de una persona capaz o incapaz, posibilitada o imposibilitada? La naturaleza de la responsabilidad ¿es social o penal? ¿Siempre se precisa de la responsabilidad para proceder a la punición o bien, puede pensarse a uno, sin haberla comprobado?

Trataré de responder a las interrogantes. Todos los actos humanos encuentran entre sí una relación sucesiva, de consecuencia o de causalidad y se presentan con un desenvolvimiento plenamente ordenado en nuestra conciencia. El delito es un acto humano y como tal, deja entrever la relación entre la culpabilidad y la pena, en la responsabilidad.

(1303) FONTAN BALESTRA. *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, pp. 110/4. Tercera edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1957.

(1304) GONZALEZ ROURA. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, pp. 229 y ss. Abeledo Editor. Buenos Aires, 1922.

(1305) MUREZ. *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*, pp. 15/6. Lerner Ediciones. Buenos Aires, 1978.

(1306) PIERRO. *Teoría de la Participación Criminal*. Ediar. Buenos Aires, 1964.

"El hombre descubre relaciones causales conformándolas a las imágenes de relación que media entre crimen y retribución. Es decir, que antes de haber relacionado el hombre dos hechos de manera causal, había establecido en la naturaleza física y humana una serie de relaciones imputativas, nos dice KELSEN. (1307)

Según SOLER, a la ciencia jurídico-penal le interesan las relaciones imputativas que se dan con respecto a los hechos, situaciones o cualidades que el hombre siente cargados de maleficios y que deben ser conjurados, vengados o destruidos. (1308) El delito y la pena se encuentran en relación, a través de la responsabilidad.

Dice: "Cuando la relación imputativa (responsabilidad) se apoya en un valor fuertemente apropiado, de manera que la consecuencia que acaezca aparezca cargada de un contenido expiatorio, llamaremos a esta consecuencia sanción. El hecho, la situación o cualidad de donde partimos será entonces fuente de responsabilidad penal". (1309)

PAUFORST conceptúa las reglas de la responsabilidad, como aquéllas que designan al sujeto pasivo de una sanción, que prescriben cómo debe ser escogido el paciente. Lo que nos interesa analizar es el hecho de que si la culpabilidad puede ser considerada como una de las reglas de la responsabilidad.

Para la mayoría de los juripenalistas, la relación entre el hecho delictuoso y su consecuencia punitiva, pasó de ser meramente objetiva, a tomar un contenido subjetivo y ambos aspectos se encuentran interrelacionados con el comportamiento humano y las consecuencias que generalan, fueren o no queridas.

SOLER estima que, aunque en los pueblos antiguos ese vínculo aparece fuertemente cargado de complejos elementos animistas, no se trata de una relación propiamente psicológica y que tal vez, no fuera estrictamente humana, había cuenta de que bastaba con que se convirtiera en un rito expiatorio. (1310)

Las reglas de la responsabilidad, más bien han tenido un carácter objetivo y no siempre han estado ligadas al autor de una conducta dañosa; el caso era descargar la expiación en cualquier forma: Sobre las cosas, animales u hombres, responsabilizándose al núcleo social o al totem.

Las reglas colectivas de la responsabilidad y aquéllas que son estrictamente personales, se encuentran en todos los períodos históricos. La individualización de la responsabilidad, comienza con la segregación del delincuente de la tribu, hasta llegar a limitar al sujeto sobre el cual debe recaer la pena.

El principio subjetivo de la responsabilidad no diferencia entre ser causa o autor de un delito, ni siquiera la presencia forzosa de lo subjetivo, a lo cual apunta en forma deliberada. "La responsabilidad ha posible sin que existiera la culpabilidad, y sobre base únicamente en la autoría". (1311)

Debo recalcar el hecho de que la responsabilidad objetiva parece no querer alejarse de la ciencia jurídico-penal y que sigue fijando reglas para hacer que el sujeto responda penalmente por todo aquello que ocasiona con la conducta que ha desplegado. Puede que desechemos la responsabilidad por la culpabilidad.

De lo que sí puedo estar bien segura, es de que la única regla inmutable de la responsabilidad, tendrá que serlo la acción u omisión del hombre (conducta voluntaria), que nos conduce a la subjetividad, porque la voluntad deja una huella de la personalidad del individuo en el mundo exterior.

(1307) KELSEN. Citado por SOLER. La Raíz de la Culpabilidad, p. 13. Montevideo, 1945.

(1308) SOLER. Derecho Penal Argentino. Tomo II, pp. 265/6. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1959.

(1309) SOLER. La Raíz de la Culpabilidad, p. 12.

(1310) SOLER. IDEM, p. 12.

(1311) SOLER. IDEM, p. 13.

Parece ser que dentro de los diversos sistemas de derecho penal existentes, domina un principio rector general, que dice: "No hay pena sin culpabilidad", que HAFTER enmarcó en la siguiente frase: "El problema de la culpabilidad es el problema mismo del destino del derecho de castigar. (1312)

Se propugna la responsabilidad por la culpabilidad, encuentra importantes excepciones en: La responsabilidad por el resultado, la *versari in re illicita*, los delitos calificados por el resultado y la peligrosidad. Estas formas, aunque parece que han sido superadas, no han logrado apartarse.

Ahora bien, responderé a las cuestiones que planteé en el inicio: El origen de la responsabilidad humana se encuentra en la voluntad, si una persona actúa en forma voluntaria, queriendo ocasionar un resultado delictuoso, es plenamente responsable y sobre esto no hay ni qué discutir.

Es claro: Quiero realizar la conducta, con miras a la obtención de un resultado dañino previsto en una norma penal; soy responsable, porque en la concreción de mi voluntad entró ese fin. El resultado delictivo y todo lo que se produzca como consecuencia lógica, es parte de mi responsabilidad.

Si me propongo el daño y lo consigo, seré responsable de un delito doloso consumado. Si me quedo en el intento, habrá responsabilidad en grado de tentativa. Si lo logro y además produzco otros resultados delictivos, debe responsabilizármese por un concurso de delitos y si hay un resultado delictivo diverso, también respondo por él.

Una vez que hemos establecido la relación de causa a efecto entre la conducta voluntaria y el resultado delictivo, al autor debe imputársele la consecuencia y hacerlo responder por ello, porque procede de sí mismo, ya que fue causa y autor del resultado, tomando en cuenta aspectos subjetivos y objetivos.

En cambio, si la voluntad va dirigida hacia la realización de una conducta ilícita y con ese actuar se provoca un resultado que tiene tintes delictivos, también se es responsable de ello, aunque las consecuencias punitivas deben ser distintas, debido a que la voluntad no se concretó dirigida al delito.

Tampoco es cuestionable este asunto, porque todas las personas, al actuar, deben hacerlo atendiendo a los deberes de cuidado que se imponen en forma general y que pueden ser exigidos particularmente, atendiendo a las características peculiares de cada uno y a las circunstancias que concurren en esta situación.

Si quiero realizar un acto que esté permitido y no pongo cuidado en mi actuación, debo responder por todas las consecuencias que acarree, a título de interventor culposo. Mas la responsabilidad se da solamente por los resultados delictivos que se consumen, no hay delitos culposos en grado de tentativa.

Puede darse un concurso de delitos, en el cual, todos sean culposos o bien, dolosos algunos y culposos los otros; de ello resulta que las consecuencias que se derivan de la responsabilidad deben ser diferentes, porque el tratamiento que recibirá su autor en cada caso, es diverso, según las prescripciones legales.

Aunque de manera directa no se quiera la producción de consecuencias dañinas, en los delitos ocasionados por culpa del agente, si se quiere la violación del deber de cuidado o bien, se desatiende, por imprudencia o impericia y ello es lo que se considera para fincar la responsabilidad.

En fin, el acto volitivo puede ir hacia la causación de un resultado prohibido menor y lograrse otro mayor, que sea igualmente delictuoso; también se es responsable, aunque en este caso es a título de preterintencionalidad, ya que la intención no se concretó en el daño que se produjo.

(1312) HAFTER. Citado por MEDINA HERNANDEZ. HACIA UN ESTUDIO INTEGRAL DE LA CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia). Tesis de Licenciatura. Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.

La preterintención nada más acepta la modalidad del delito consumado, no se puede ser responsable por delito ultraintencional en grado de tentativa, porque el daño mayor debe ser objetivo, para que pueda verificarse en la valoración de las autoridades ministerial y judicial.

Si ese resultado de diferente entidad, que se requiere para la integración del delito preterintencional, no llega a darse, únicamente sería posible que habláramos de un delito doloso, bien sea que se califique como consumado o que se quede en grado de intento.

No provoca controversia la responsabilidad por la intención en el delito con exceso en el fin, dado que la voluntad que entró en el juego, se concretó en un resultado dañoso de menor entidad que, aunque no se logró, dio origen a otro mayor y habiendo violación y daño, se debe responder.

Si la preterintención es una mezcla o maridaje del dolo y de la culpa y si no está en entredicho que se tenga que responder por un delito doloso o culposo, no hay argumentos de peso para propugnar que no se haga responsable al sujeto que ha cometido un delito de esa naturaleza.

La responsabilidad puramente objetiva y la subjetiva depurada, ya pasaron de moda; no se es responsable solamente por el daño producido ni tampoco nada más por haberlo querido. Objetividad y subjetividad son aspectos que se conjugan cuando valoramos los hechos, para saber si hay o no responsabilidad.

En la valoración objetiva de la responsabilidad concurren los aspectos subjetivos y objetivos del momento delictuoso, que habrán sido considerados en el momento de integrar el delito. Cuando se hace la declaración de que hay culpabilidad y con ello se afirma el delito, todo eso ya fue tomado en cuenta.

Actualmente, una persona debe ser declarada responsable en un juicio objetivo, que considere la existencia previa del delito, en donde fue valorada la presencia de la voluntad y del daño, entre otros aspectos y en el segundo juicio, solamente se atenderá al grado de intervención en el delito.

En el juicio de responsabilidad, ya tan sólo nos queda determinar si la persona inculpada intervino en el delito y con qué calidad, para saber si vamos a hacerla responsable penal o social e imputarle un grado de intervención, que nos ayude a saber cuál va a ser su tratamiento jurídico-penal.

Ahora bien, durante el desarrollo de esta tesis he propugnado un tratamiento diferente para las personas capaces (imputables) y para las incapaces (inimputables). Las diferencias estriban en la manera de valorar el delito y en la forma de hacer las responsabilidades. Por eso, debo hablar de dos clases de responsabilidad.

Atendiendo a los pensamientos de las escuelas Clásica y Positiva, encuentro que podemos hablar de dos tipos de responsabilidad: la penal y la social. La primera es para los sujetos capaces y la segunda, para los individuos incapaces. Una tiene como consecuencia las penas y la otra, las medidas de tratamiento.

Se considera que son capaces las personas que pueden conocer el carácter ilícito de su comportamiento y comprender de acuerdo con esa comprensión; en sentido contrario, están las incapaces, que no tienen esa posibilidad, debido a un padecimiento mental de carácter permanente.

Ojo con esto, ya que establecí una minoría de edad diferente a la que sostiene la doctrina tradicional, haciendo responsables a los mayores de doce años (los que tengan menos estarán fuera del área de la punición) y hasta los dieciocho, recibirán un trato especial, según sean capaces o incapaces.

En esta nueva postura se diferencia entre capaces e incapaces mayores de dieciocho años, capaces e incapaces menores de esa edad y mayores de doce, existiendo responsabilidad penal y social para todos los sectores, la cual debe ser perfectamente valorada, atendiendo al grado de intervención en el delito.

La naturaleza de la responsabilidad será social o penal, en concierto con la imputación o la capacidad del sujeto que estamos enjuiciando. Los dos podrían caber en el rubro de responsabilidad derivada del delito, para no ubicarlos en uno que haga las veces de género y especie.

De lo que sí estoy cierta, es de que siempre que queramos aplicar una sanción penal (pena o medida de tratamiento especializado), tendremos que comprobar la existencia del delito y de la responsabilidad, convirtiéndose ésta última en un presupuesto para la imposición de las sanciones.

Un principio rector de la ciencia jurídico-penal nos marca la prohibición de aplicar sanciones predelictivas, por simples sospechas o estados; por ello, es preciso pregonar que no existe tratamiento punitivo, si previamente no se ha comprobado que una persona es responsable por la intervención en un delito.

Estos son los lineamientos generales de la teoría de la responsabilidad, de los cuales habré de ocuparme en los incisos subsiguientes. Procuraré desarrollarlos con precisión, para no caer en los errores y absurdos que crítico y para darles una nueva estructura acorde con el sistema que propongo.

Hemos de conocer todo lo referente a los grados de intervención en el delito: En el acuerdo o plan, en la preparación, mediata o intelectual, material, en coautoría, en complicidad, subsecuens, en complicidad correspondiente y en el delito remanente, analizando sus consecuencias.

Después trataré lo referente a la responsabilidad propiamente dicha, sus fundamentos y sus relaciones. Hablaré de la responsabilidad penal, de la social, de la de menores y de las agrupaciones y de la del estado. Haré las diferencias y estableceré la manera de responder en cada caso concreto.

Por último, me tocará enunciar los principios de la responsabilidad civil derivada de un acto ilícito penal. Estableceré la manera en que debe ser valorada la existencia de la responsabilidad en el procedimiento penal y como colofón, desglosaré lo relativo a la irresponsabilidad.

(196) LA INTERVENCIÓN EN EL DELITO.

Resulta sumamente trascendente el hecho de que para que podamos conocer un poco más de las instituciones penales, tengamos que echar una mirada por su evolución. El desarrollo que ha sufrido la teoría de la intervención en el delito es interesante, ya que puede afirmarse que de una doctrina general se da cuenta hace poco tiempo.

A pesar de que este es un tema que surge y se transforma a la par del delito, --puesto que debe reconocerse que para lograr sus fines, el hombre casi siempre necesita de la ayuda de los demás--, la participación no es encontrada regulada a plenitud y sus principios generales tardan bastante tiempo en hacer su aparición.

Dentro del curso de la historia, concretamente en los pueblos antiguos, las disposiciones genéricas acerca de los aportes delictivos no se hallaban sistematizadas, como no lo estaban los conceptos propios de la ciencia jurídico-penal. Sus reglas comunes generalmente van dirigidas hacia las figuras particulares.

Las normas codificadas que trataban acerca de la cooperación al delito, no pertenecían siquiera a la parte general de las legislaciones penales; en el entendido de que, tal vez, esta división de los códigos todavía no existía y que, ordinariamente, el llamado derecho penal conformaba al derecho civil.

En CHINA, en el año 950 a.C., durante el período MU-VANG, en que aparece la primera ley penal y se regulan algunos casos de participación, como la autoría, el mandato y la instigación. Las sanciones se atenúan para quienes habían delinquido bajo el influjo de un poderoso, instigados por una mujer o con la promesa de un regalo. (1313)

(1313) THOR. Estudios Históricos de Derecho Penal Oriental. Revista de Identificación y Ciencias Penales. Año V. Tomo IX. Números 25 a 29, p. 122. Universidad Nacional de la Plata. Buenos Aires, 1934. FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 101. Ediar. Buenos Aires, 1964.

Durante el año 1647 d.C., el TA-CHING-UI-KI, en su Libro Sexto, en el cual se contiene la normatividad penal, distingue entre los actores principales y los accesorios (1314). Quien propone el delito, aunque no lo ejecute materialmente, es sancionado en forma más severa y a título de autoría principal.

Todas las demás personas que ayudan en cualquier forma a su comisión, inclusive quien lo realizaba materialmente, eran consideradas como cómplices accesorios y el castigo que se les imponía, era más leve que el que debería corresponder al sujeto que lo había propuesto, en determinados casos.

La penalidad de los meros de intervenir en el delito adquiría un rango gerontocrático y cuando todos los participantes pertenecían a la misma familia, el jefe del clan o la persona de mayor edad, era la única que sufría la pena, salvo que tuviera más de ochenta años o estuviera enfermo, en cuyo caso, pasaba al paciente inmediato. (1315)

El delicto penal de HURTO, no contiene gran cosa en materia de reglas de participación, más que en los casos en que se castigaba la complicidad en los atentados en contra de los faraones, situación que era considerada como un delito de lesa divinidad, a tenor a lo que nos menciona JIMENEZ DE ASUA. (1316)

En las leyes ARABES no se encuentra algún tipo de material que esté relacionado con la teoría general de participación, cuando afirmarse que en su normatividad tampoco se hace distinciones entre los supuestos de intervención en los delitos, al menos que fuera en los tiempos posteriores al Califato de Bagdad. (1317)

Para la INDIA, el CODIGO DE MANU sanciona a quienes ayudan a los ladrones, con la misma pena que a aquellos correspondiente. El encubrimiento no estaba diferenciado de la participación que, por su penalidad, era equiparada a la autoría. Se tiene como lección al Brahman que recibía la cosa hurtada de manos del autor. (1318)

El posterior CODIGO DE NARANDA considera que participa en el robo, quien ayuda a su ejecutor material o no acude al auxilio de su víctima, después de haber escuchado sus gritos de alarma. Las leyes penales de BHATHASPATHI y el CODE DE CHENIO LAMB, también contienen parte de las reglas primitivas de la participación. (1319)

GRECIA no tiene una historia muy fecunda con respecto a las legislaciones penales y concretamente, a las reglas de la intervención en el delito. En ATENAS, por ejemplo, los actos de todos los participantes (autores, cómplices e instigadores), eran sancionados de la misma forma, sin que hubiera diferencias de alguna especie. (1320)

En los indicios del derecho penal en ROMA, la autoría, prácticamente, sólo hacía referencia a quienes ejecutaban la acción típica; los demás intervinientes eran cómplices y su penalidad fue la misma. UPIANO considera que la complicidad tenía dos requisitos: la persuasión, consejo o conciliatio y el acto externo, ayuda material o otra. (1321)

(1314) FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 101. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1315) En esta época también se distinguían las circunstancias que no eran comunicables. Si alguno instigaba a otro en contra de su propio hermano, debía sufrir los mismos efectos y los años y medio de exilio y el que no era pariente, aunque el asesino, sufría un año y medio de exilio. FIERRO. Op. cit., p. 101.

(1316) JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal Tono I, p. 265. Editorial Losada. Buenos Aires, 1956. FIERRO. Op. cit., p. 103.

(1317) HUBER. Historia del Derecho Penal Arabe. Revista de Identificación y Ciencias Penales. Año IX. Tono XIV. Número 52/4, p. 198. Universidad Nacional de La Plata. Buenos Aires, 1938. FIERRO. Op. cit., p. 104.

(1318) HUBER. Historia del Derecho Penal Hindú. Revista de Identificación y Ciencias Penales. Año X. Tono XV. Número 55, p. 323. Universidad Nacional de La Plata. Buenos Aires, 1936. FIERRO. Op. cit., p. 105.

(1319) THOR. Op. cit., p. 370. FIERRO. Op. cit., p. 105.

(1320) JIMENEZ DE ASUA. Op. Cit., p. 271. FIERRO. Op. cit., p. 107.

(1321) GROIZARD. Citado por FIERRO. Op. Cit., pp. 113/4.

En el *furtum* se exige la consumación del delito, para punir a los cómplices (instigadores o auxiliares). La acción podía ejercitarse en contra del cómplice, aunque no se hiciera con el autor principal. Si el esclavo delinquirá por consejo de su señor, ambos eran autores; si el amo no impedía el delito, se le tenía como cómplice.

A pesar de que conceptual y legalmente no era necesario establecer diferencias entre la complicidad y el encubrimiento, la *LEX DE LAS XII TABLAS* consideró distintas las conductas de hurto y de guardar el producto de él. La última acción fue tomada como una figura especial: El *furtum conceptum* (hurto interceptado). (1322)

El *furtum conceptum* iba borrando sus diferencias con el hurto y posteriormente, la receptación del producto del delito fue considerada como una forma más de auxilio para la comisión del *furtum*. En el Imperio se igualaba la penalidad de todos los grados de intervención y se diferenciaba en los coparticipes principales y accesorios. (1323)

Se dijo que las circunstancias que eximían de la pena (como el *familia* y el *uxor*), que beneficiaban a uno de los partícipes, por regla no se comunicaban a los demás, salvo en casos muy contados, en que se transmitían aquéllas que influían sobre la imputabilidad, de alguno de los interventores. (1324)

En el derecho criminal *GERMANICO* se dan formas colectivas de responsabilidad, como manifestaciones privadas de represión. Nociones relativas a la participación le son prácticamente desconocidas, por la falta de utilidad que podían reportarle, debido a que aceptaban el principio de la responsabilidad del pueblo, tribu, aldea, etc. (1325)

Las disposiciones del *FUERO JUZGO* contienen algunas reglas diferentes a la intervención en el delito, descartando aquella que se dé, mediante vínculos ajenos al ilícito mismo. (1326) Son ladrones los que hacen el hurto, los que lo saben, lo consenten o reciben la cosa, sabiéndolo.

El Libro VII del *FUERO JUZGO* confunde la participación en el hurto, con el encubrimiento por receptación (forma autónoma de delito), haciendo sutiles diferencias en cuanto a la penalidad que debe aplicárseles a las personas que hubiesen intervenido. Se hacen valoraciones de los aportes de cada uno de los partícipes. (1327)

En sus disposiciones acerca de los delitos de rapto y homicidio se empieza a aplicar el principio de desplazamiento gradual de la responsabilidad al autor mediato. La autoría, la complicidad y la instigación son equiparadas, por cuanto hacen a la penalidad. Se admite una forma atenuada de complicidad secundaria. (1328)

En cuanto a la complicidad y a la instigación en los delitos en contra de la propiedad, se castiga al hombre o al ciervo que muestra una cosa a otro, para que éste se la robe y se reprime a los que aconsejan la falsificación de sellos o escritos y los usan en un juicio. (1329)

(1322) MOMMSEN. El Derecho Penal Romano. Tomo II, pp. 208 y ss. FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 115. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1323) MANZINI. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, p. 235. Ediar. Buenos Aires, 1948. FIERRO. Op. cit., p. 116.

(1324) MANZINI. Op. cit., p. 234. FIERRO. Op. cit., p. 116.

(1325) VON LISZT. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, p. 156 y ss. Editorial Reus Madrid, 1929. MANZINI. Op. cit., p. 235. FIERRO. Op. cit., pp. 116/8.

(1326) SALERA Historia del Derecho Penal en España. Adiciones al Tomo I del Tratado de Von Liszt, pp. 39 a 54. GROIZARD. El Código Penal de 1870. Tomo I, pp. 524/5. Salamanca, 1897. FIERRO. Op. cit., pp. 119/20.

(1327) FIERRO. Op. cit., pp. 123/4.

(1328) FIERRO. Op. cit., pp. 124/5.

(1329) GROIZARD. El Código Penal de 1870. Tomo I, p. 528. Salamanca, 1897. FIERRO. Op. cit., 124.

El FUERO REAL, en la Ley IX, Libro IV, rechazó el principio de la solidaridad en la responsabilidad y mandaba que cada uno padeciera pena por lo que había hecho y que el mal se cumpliera en aquél que hubiere cometido el delito. No puede padecer pena el uno por el otro. Esta es una regla fundamental de la participación. (1330)

No decía en forma expresa que, dada su importancia, a cada uno de los diversos aportes delictivos le correspondiera distinta gravedad, por cuanto hace a la sanción; empero, en los principios particulares referidos a los delitos especiales que imperaban, podemos encontrar implícita esta fórmula. (1331)

En LAS SIETE PARTIDAS se apunta: "...dixieron los sabios antiguos que a los malfechoros, o a los consejadores, o a los encubridores, deue ser dada yqual pena...". La Ley X, Título IX, Partida VI, dice "...E deuen fazer esta emienda, también los facedores de la deshonra, o del tuerto, como aquellos gelo mandaron...". (1332)

Cancelan en forma definitiva la influencia germánica y se retorna al período de la recepción del derecho romano con una fuerte gravitación al canónico. (1333) Las Partidas no tuvieron aplicación real en el tiempo en que fueron dictadas, aunque sí en una época posterior.

En el derecho CANÓNICO no había normas generales ni principios rectores que confirmaran la teoría de la participación en el delito y aun con esto, todos los grados de intervención que existían, ya eran conocidos. Solamente se castigaba la participación punible voluntaria. (1334)

La instigación era equiparada al mandato y el exceso previsible estaba siempre a cargo del mandante. Los principios genéricos que regían a las figuras penales de los instigadores, eran los mismos que los del instituto civil. Todas las personas que intervenían en el delito, eran sancionadas igual. (1335)

En el derecho medioeval de INGLATERRA, cuando en el homicidio había participado una pluralidad de autores era ejecutor (autor material), el que daba el golpe fatal y se le imponía la obligación de pagar el wergeld (compensación a los parientes que sobrevivían al difunto, la multa al soberano y la multa al juez). (1335)

Los cómplices pagaban el holoebote (una multa distinta a la anterior), junto con todos aquellos sujetos que formaban parte de un conjunto de barberos, que era justipreciado con relación al wergeld, que tenía que pagar el autor material. (1337)

Si la cooperación, auxilio o aporte al delito había sido facilitando o prestando los instrumentos o las formas de evadir a la justicia, el que lo hiciera estaba expuesto a todo o a parte del wergeld, siempre y cuando no pudiese demostrar que lo había hecho con ese fin. El monto era divisible, según la categoría que hubiese tenido la ayuda. (1338)

Hasta aquí se trató de la historia de la teoría de la participación en el delito, atendiendo a los pueblos antiguos; con la aclaración de que fueron normas dispersadas en las primitivas legislaciones y que la doctrina general apenas sistematizada en tiempos más recientes, con la ardua labor de los juspenalistas contemporáneos.

(1330) GROIZARD. El Código Penal de 1870. Tomo I, p. 529 y 125. Salamanca, 1897. FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, 124. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1331) FIERRO. Op. cit., p. 126

(1332) GROIZARD. Op. cit., 531. FIERRO. Op. cit., p. 127.

(1333) FIERRO. Op. cit., pp. 126/7.

(1334) SOLER. Citado por FIERRO. Op. cit., p. 128.

(1335) SOLER y MANZINI. Citados por FIERRO. Op. cit., p. 128.

(1336) TISSOT. Citado por FIERRO. Op. cit., p. 129.

(1337) TISSOT. Citado por FIERRO. Op. cit., p. 129.

(1338) TISSOT. Citado por FIERRO. Op. cit., p. 129.

Ahora, los postulados tradicionales encuentran algunas discrepancias, que van desde la denominación que debe recibir este instituto, las formas o los grados que puede presentar, el tratamiento que debe recibir cada una, su ubicación en la teoría general del delito, hasta su definición en las leyes penales.

En este subtema y sus incisos explicaré lo relativo a las maneras como ha sido nombrado el problema, algunos de los conceptos que de él se tienen y los requisitos que deben reunirse, para que en la práctica fuese podamos decir que se nos ha presentado una situación problemática, porque dos o más personas intervinieron en el delito.

Aclaro que, a diferencia de cada uno de los elementos del ente jurídico-penal que analicé en la sección anterior, en la participación no voy a separar tajantemente las opiniones de la doctrina tradicional y la mía, porque en las más de las ocasiones, las unas son la base de la otra, que implica el resultado del estudio.

(a) LA DENOMINACION

Un tema de gran relevancia en la teoría general de la ciencia jurídico-penal, lo es aquel que está dedicado al desglose de lo relativo a las personas que intervienen en cualquier grado en la realización de conductas delictivas. Las denominaciones que ha recibido son variadas, en atención al autor que trate el problema.

Es más común oír decir que debe nombrarse **autoría y participación**. Esto es —dice el maestro **PORTE PETIT**—, porque los autores no participan y los partícipes no actúan. (1339) Lo cierto es que su razón de ser la encontramos en el hecho de que para cometer el delito, entren al juego dos o más personas, siendo todas responsables.

El término **autoría**, se utiliza para designar solamente al autor material o al coautor, es decir a quien actualiza el verbo que rige la figura delictiva que se cuestiona en cada caso en particular. El que priva de la vida en el homicidio, el que se apodera de la cosa en el robo, etc.

Con el vocablo **participación**, intenta abarcarse a todas aquellas personas que intervinieron en el delito y que son distintas del ejecutor material; o sea, a los autores intelectuales, a los cómplices, a los investigadores y a cualesquiera otra de las formas que puedan aceptar los justipenalistas.

FINO, cuando trata en este problema, se refiere a la **participación criminal** y ubica, para su estudio particular, a las siguientes maneras: 1. Autoría. 2. Autoría mediata. 3. Coautoría. 4. Instigación. 5. Complicidad. A la última la desglosa en complicidad primaria, secundaria y subsecuens. (1340)

Se ha denominado también **concurso de personas, concurso de delinquentes o pluralidad de imputados por razón del mismo delito**. (1341) Puede utilizarse cualesquiera otra expresión que tenga los mismos efectos y que sirva para designar al problema que se presenta cuando en un ilícito intervienen dos o más sujetos.

Quiero aclarar que mi deseo de encontrar un término que abarcara por igual a los autores y los partícipes, sosteniendo que las personas no concursan en el delito para ver quién gana, me llevó a buscar una denominación diferente para este instituto y de ello resultó **LOS GRADOS DE PARTICIPACION**.

(1339) El maestro **PORTE PETIT** constantemente expresa su preocupación por encontrar un término que abarque a los autores y a los partícipes, concluyendo que no lo hay.

(1340) **PIERRO**. Teoría de la Participación Criminal. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1341) Desecho el vocablo "concurso", porque estimo que en la valoración de la responsabilidad por el delito no hay competencias, para ver cuál de los sujetos que intervino puede ser el más responsable. Todos responden por igual. El otro lo utiliza **NÚÑEZ**. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Lerner Ediciones. Buenos Aires, 1978.

Estimo que con el nombre de *interventores*, podemos denominar por igual a los autores y a los partícipes; aunque participación se considera como su sinónimo, en el entendido de que alude a lo mismo. Creo que se trata de un autor o actor, cuando es una sola la persona que realiza los actos delictivos y a ella se aplican los principios generales.

El término que utiliza NÚÑEZ no está del todo mal: La pluralidad de imputados por razón del mismo delito puede ser válidamente usada. Ese tratadista toma en cuenta las siguientes categorías: A. Autor principal. B. Autor mediato. C. Coautores. D. Cómplices (necesarios y secundarios). (1342)

En cuanto al tratamiento de los partícipes en el delito, el mismo NÚÑEZ estima: "Mercede mayor imputación delictiva todos los que han ejecutado el hecho (autores), han determinado a esa comisión (instigadores) o lo han hecho posible (cómplices). Todo auxilio o cooperación merece una imputación menor". (1343)

Pasemos ahora al respectivo análisis del concepto y de los requisitos que debe probarse y comprobarse que se han reunido, para que surja la responsabilidad por la intervención en el delito en cualesquier de sus grados, para que después sigamos con las situaciones problemáticas que se suscitan al realizar esta tarea tan importante.

(b) EL CONCEPTO.

Al hablar de la responsabilidad por la intervención en el delito, se me ocurre que es necesario determinar en qué momento nos encontramos frente a un problema. Cuando es una la persona que lo ejecuta en todos sus pormenores, no hay tal; las cuestiones propias de la participación surgen con la pluralidad de individuos cooperadores.

Si la pretensión punitiva ha tomado su inicio al involucrar nada más a uno solo en los hechos que son constitutivos de un ilícito penal, el meollo del asunto se resuelve directamente, aplicándole todas las disposiciones que rigen en materia de responsabilidad, en términos generales; es decir, considerándolo como sujeto activo.

En cambio, si al aportar actos lícitos o ilícitos, que dan pie para la interpretación de uno o más delitos, sin que lo requieran las exigencias típicas, cooperan dos o más hombres y de todos los participantes ha de analizarse su responsabilidad, estaremos frente a una de las situaciones problemáticas que suscita la intervención.

La participación en el delito propiamente dicha, nace a la vida jurídico-penal en el momento en que hay más de un interventor, que quiere auxiliar y presta ayuda al autor material, aunque no haya existido un acuerdo previo para ello. Aquí es donde empiezan los problemas que deben ser analizados en el "concurso de personas".

NÚÑEZ nos da el siguiente concepto: "Cuando por un hecho delictivo la responsabilidad corresponde a más de una persona, existe lo que el legislador denomina participación criminal". (1344) Concepto restringido, al que le faltan algunos elementos, aunque válidamente puede ser utilizado para aludir a esta institución jurídica.

PIERRO comenta: "Cuando esta categoría de hechos (delitos) se consuma mediante la actividad deliberada y consciente de dos o más personas, nos encontramos frente a un caso de participación o coparticipación criminal". (1345) Igualmente, esta concepción se limita a introducir los elementos de consumación y actividad.

(1342) NÚÑEZ. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Lerner Ediciones. Buenos Aires, 1978.

(1343) NÚÑEZ. Op. cit., p. 267.

(1344) NÚÑEZ. Op. cit., p. 265.

(1345) FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, pp. 17/8. Ediar. Buenos Aires, 1964.

En mi criterio, hay intervención en el delito como problema: Cuando una pluralidad de sujetos quieren hacer un aporte y lo hacen, para que otro intente o consuma un delito, conociendo esta situación y de ello resulta su responsabilidad; aunque materialmente no lo hayan ejecutado, responderán ante la ley.

De lo que propiamente es la teoría de la intervención, deben quedar exentas las conductas típicas, la participación necesaria y el encubrimiento. Es preciso distinguir lo que es intervenir verdaderamente, de las otras formas que le son similares y en las cuales no concurren varios delinquentes.

Por cuanto hace a las mencionadas conductas típicas, pueden identificarse con el delito de favorecimiento a la evasión o auxilio a la fuga, en las cuales, a pesar de que podría pensarse en la participación, estamos ante la presencia de un delito autónomo, porque el legislador así lo ha querido considerar.

La participación necesaria se da, cuando el tipo menciona en forma expresa que, para que se configure el ilícito penal, es menester que intervengan dos o más personas y ambas son consideradas como sujetos activos, en su calidad de autores materiales (no coautores, en el sentido de la teoría general de la participación).

Lugar separado merecen las hipótesis del encubrimiento, que en algunos códigos, como el nuestro, se incluían en las formas de participación (le llama responsabilidad penal) y al mismo tiempo, como una de las figuras de la parte especial. El encubrimiento debe salir de la teoría general de la participación, para convertirse en un delito autónomo.

Pasemos al análisis de los requisitos que deben cubrirse para que ciertamente nos encontremos ante una de las formas de intervención que reconoce la doctrina tradicional, que en esencia, son casi las mismas que acepto.

(c) LOS REQUISITOS.

Para poder determinar la responsabilidad por la intervención en el delito y cubrir los requisitos que nos marca la *CPEUM* para todo acto de autoridad penal, necesitamos de la presencia de una conducta típica, antijurídica y culpable y de uno o más sujetos, para hacerlos responder ante la ley por ella.

Ya dije que si es una sola la persona que ha realizado el hecho, debe responsabilizársela por él, hasta sus últimas consecuencias, a título de interventor material, individualizándole e imponiéndole la sanción penal que determine el delito-tipo con el cual se encuentra involucrada y enviándola a la autoridad ejecutora, para que proceda.

Solamente cuando sean dos o más las personas que hayan intervenido en el ilícito, hay lugar para estudiar lo que en la doctrina de corte tradicional se conoce como concurso de personas. Las reglas que dará a continuación rigen cuando en el proceso hay pluralidad de imputados por razón de los mismos hechos, como diría *MUREZ*. (1346)

Si de la averiguación previa se desprende que hay más de un interventor en las situaciones que la motivaron, la pretensión punitiva estatal no se dará por satisfecha, sino hasta que se conozca cuál es el grado de la participación que cada uno de ellos tuvo, para hacerlo responsable bajo un título determinado.

Cuando se ha probado y comprobado la existencia del delito (como conducta típica, antijurídica y culpable), el siguiente paso, según la *CPEUM*, lo es el determinar la responsabilidad de una persona inculpada, porque todo acto de autoridad penal debe estar fundado y motivado en estas dos situaciones: Delito y responsabilidad.

(1346) MUREZ. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, parágrafo X, pp. 265 y ss. Lerner Ediciones. Buenos Aires, 1978.

Ya lo sé, el juicio es uno solo y todos sus pasos sucesivos están enlazados entre sí, de tal manera que la única división posible lo es en la ficción jurídica, que nos lleva a descomponer el ente en elementos y a separarlo de la responsabilidad y que al final, vamos a unificarlos de nueva cuenta en la sentencia.

No soy yo la que inventa. Nada más estoy utilizando a la tesis analítica, que me permite hablar de los elementos del delito y de la responsabilidad por separado, para que ninguno de los aspectos que son de resistencia en su estudio, se quede sin ser analizado a conciencia y que no exista la posibilidad de error o, cuando menos, se reduzca.

Aunque adoptara una postura unitaria, la Carta Magna que nos rige me está obligando al análisis de los elementos del ilícito penal y de la responsabilidad y de cualquier manera, al final voy a verlo como un todo indivisible, del cual se derivan como consecuencias jurídicas, la individualización e imposición de las sanciones merecidas en la penitencia.

El tratamiento de la intervención en el delito (responsabilidad penal, lo llama el 217), lo encontramos en el artículo 133 de este Ordenamiento, que trata de las diversas situaciones que analizaré en los incisos subsecuentes. Se considera que todas las personas que participan en los hechos son responsables, no hay discriminación.

Si vemos que es uno solo el sujeto que ha llevado hasta sus últimos efectos el delito y nadie más cooperó de manera alguna para ayudarlo, anterior, concomitante o posteriormente a ejecutarlo, debemos darle el nombre de sujeto activo, autor principal, actor, autor inmediato, o cualquier otro afín.

Lo opuesto en los grados de intervención, en el delito y lo llama interventor material, queremos significar que ha cooperado todos y cada uno de los elementos típicos; con ese grado se define su responsabilidad y rigen para él todas las reglas de la técnica general del delito y de la responsabilidad, en sus parámetros.

Los grados de intervención en el delito, propiamente nos interesan para analizarlos, cuando hay más de una persona implicada en el mismo delito (o mejor aún, en los mismos hechos delictivos), para fijarle su responsabilidad a cada uno, previa la atribución de los elementos en los que descomponemos al ente jurídico-penal.

Así, si una persona realiza materialmente el acto de privar de la vida y son otras las que le proporcionan el arma, amagan a la víctima, le prestan los instrumentos, cuidan de que nadie lo acerque, ayudan a escapar, desaparecen las señales o indicios o lo auxilian para que eluda la acción de la justicia, tenemos que determinar su intervención.

El hombre es un ser social por naturaleza, tiende a agruparse y a depender de los demás, para llevar a cabo la mayoría de los actos de su vida, bien sea que los intereses que persiga sean lícitos o ilícitos. De ello resulta que podemos encontrarnos agrupaciones hasta para realizar fines delictuosos.

Es importante diferenciar entre el delito de agrupación delictuosa y los problemas de la teoría de la responsabilidad por la intervención en el delito, dado que pueden coexistir y provocar que el individuo responda por sí solo. El primero tiene como requisitos a la permanencia y a la organización para el fin delictuoso y el segundo, obedece a la transitoriedad. (1347)

(1347) Una vez realizado el hecho delictuoso, pueden coexistir el delito de agrupación delictiva y uno de los grados de intervención. No por el simple hecho de intervenir con otro en el delito, se está creando una asociación delictuosa.

Inclusivo, para intervenir en el delito y adquirir responsabilidad por ello, no es indispensable el concierto previo y lo que es más, ni siquiera es preciso, en determinados casos, que una persona se ponga de acuerdo con el autor material para ayudarlo, bastando con que realice actos de cooperación, aunque éste no lo sepa. (1348)

Son varias las hipótesis que pueden presentarse en el desarrollo de la conducta delictiva: 1. Un solo individuo comete un solo delito. 2. Un solo individuo comete más de un delito. 3. Varios individuos cometen un solo delito. 4. Varios individuos cometen más de un delito. Toda ellas deben ser estudiadas con sumo cuidado.

Si un solo individuo realiza nada más una conducta delictuosa o bien, dos o más delitos, ya dije que su responsabilidad es a título de autor material y que habrá de responder por dolo, culpa, preterintencionalidad, consumación, tentativa, concurso real o ideal, delito continuado, etcétera, como sujeto activo.

Cuando son dos o más las personas que intervienen, se presenta el denominado **concurso de personas** y es necesario determinar en qué grado participó cada una, para saber de qué tiene que responder jurídicamente. "La pluralidad de actores o de sujetos activos es un requisito [sine qua non] para configurar un supuesto de participación". (1349)

Para poder determinar el grado de intervención en el delito, también es necesario que exista la consumación o cuando menos, la tentativa; es decir, el principio o la total ejecución o inejecución. Lo afirmado tiene la situación problemática que analizaré en lo referente a la intervención para preparar el momento delictivo.

En fin, puede decirse que nos encontramos frente a un problema de intervención, cuando dos o más personas hacen un aporte cualquiera, en forma consciente y deliberada, para que se intente o se consuma un delito y de ello resulta su responsabilidad, a pesar de que no lo haya realizado materialmente. Sus requisitos son:

1. **La intervención de dos o más personas.** Siendo un solo individuo el que ejecuta el delito en forma total, se trata de un solo sujeto activo, que responde a título de interventor material y no existe un problema de participación; en el entendido de que para que éste se dé, se requiere de un autor inmediato y de por lo menos, otro que coopere con él.

2. **Un aporte cualquiera.** La contribución al delito debe ser en forma efectiva, con un aporte directo o indirecto, material o intelectual, activo u omisivo, mediato o inmediato, principal o secundario, anterior, concomitante o posterior a los hechos. Lo mismo puede ser lícito que ilícito, aunque todas las participaciones deben poder ligarse al verbo rector del delito-tipo.

3. **En forma consciente, deliberada y efectiva.** Esto significa que, para ser partícipe, el sujeto que brinda el aporte, debe quererlo encaminado al hecho delictivo, saber que está contribuyendo al delito y efectivamente cooperar para que se realice ese acto ilícito.

4. **El intento o la consumación.** En esta hipótesis, el delito debe quedarse en grado de tentativa o ser consumado. Hay intervención en la tentativa, aunque no tentativa de intervención. Por lo tanto, debe prevalecer un principio o una total ejecución o inejecución o mejor aún, la consumación de resultados delictuosos.

5. **La responsabilidad de Todos.** El total de los actos efectivos de intervención en el delito generan responsabilidad penal o social para la persona que los lleva a cabo; por ello, debe analizarse su participación, para saber cómo y de qué responde.

(1348) Puede suceder que una persona vea que un pariente suyo está cometiendo un delito, sin que ella tuviera antecedentes del acto y que en ese momento, decida ayudarlo.

(1349) FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 21. Ediar. Buenos Aires, 1964.

6. Aunque no lo hayan realizado materialmente. Un problema de intervención en el delito, no reclama que todos los partícipes cumplan en forma material el verbo rector del delito-tipo, basta con actos lícitos o ilícitos que a él puedan ligarse.

Es mi deber dejar bien claro que todas las disposiciones que están contenidas en la Parte General de los códigos penales, se extienden hacia todos los grados de intervención en el delito y que las peticiones típicas se amplían, cuando trata de fijarse la responsabilidad de las personas que de cualquier modo contribuyeron en el desarrollo de los hechos.

Lo primero, es por las cuestiones de comprobar la existencia del delito y de la responsabilidad, para poder imponer las penas o las medidas de tratamiento especializado, al hacer que respondan todos los intervinientes en el momento delictivo. Ello rige para la conducta del total de los partícipes.

Por cuanto hace a lo segundo, es muy cierto que quien se vale de otro para privar de la vida, por ejemplo, no está realizando materialmente el verbo rector del delito-tipo. Aunque la conducta que realiza el autor mediato, puede ser ligada a la privación, así es que se lo responsabiliza válidamente.

Esta ampliación del tipo no viola el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta et scripta*, dada la interrelación que existe entre las partes general y especial de los códigos penales, los principios rectores generales del derecho, los postulados doctrinales y las tesis que conforman la jurisprudencia.

¿Cuál es la regla que impera para dilucidar los problemas de la intervención en el delito? La teoría de la causalidad (relación entre se da entre la conducta y el resultado), juega un papel muy importante en esta situación problemática. Para que una persona se la considere como interventora en el delito, es necesario que haya hecho un aporte real.

PIERRO dispone: "En otras palabras, deben haber agregado a un eslabón a la cadena causal y de acuerdo a la importancia de ese aporte o eslabón, tendremos el grado de participación de su ejecutor y su correlativa responsabilidad". (1350)

Hay que tomar el problema de la causalidad en su justa dimensión, para poder resolver los pormenores que nos plantean las formas de intervenir en el delito; casi puedo afirmar que debe basarse en la *conditio sine qua non*, ya que sin el aporte del sujeto interventor, el delito no hubiese sido cual fue.

La intervención en el delito debe ser tal, que sin ella el momento delictivo no se hubiese llevado a cabo como fue. Es decir, que si suprimimos el aparente aporte de la persona implicada y los hechos varían en grado o en esencia, no podría decirse que ella hubiera intervenido y por lo tanto, no debe hacérsela responsable de ellos.

Puede suceder que la intervención delictiva tenga el mismo carácter y grado de responsabilidad (en la coautoría) diverso grado y distinto carácter (material e instigación, coautoría y complicidad) o bien, nada más difiera en grado (complicidad correlativa). (1351)

(d) DE LOS AUTORES Y LOS PARTICIPES.

A mi juicio, es necesario aclarar que el concepto de autor vale tanto para las formas de participación, como para los casos en que es uno solo el individuo que realiza el delito. En esta última hipótesis, no existe el famoso "concurso", al interventor se le aplican todas las disposiciones generales.

En cambio, cuando son dos o más las personas que intervienen en la comisión del ilícito, una sola de ellas es la que recibe el tratamiento de autor y las demás, son interventores o partícipes. Las formas de participar se encuentran subordinadas a la autoría, inclusive en algunos supuestos de la coautoría.

(1350) PIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 25. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1351) NUÑEZ. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, pp. 266/7. Lerner Ediciones. Buenos Aires, 1978.

Sin el autor principal (ejecutor material del delito, realizador del verbo típico), las demás hipótesis de intervención no pueden tener existencia, porque dependen de él. A veces, el concepto de autor se extiende, por ejemplo, cuando otra persona es la ejecutora material del delito (autoría inmediata).

Por lo tanto, relacionaré el concepto de autor con: 1. La autoría material. 2. La autoría mediata. 3. La coautoría. Es autor, quien cumple con las exigencias típicas en su totalidad (con el verbo rector tal y como se encuentra manifestado en la Ley) y también puede llamársele autor mediato.

FIERRO resalta la importancia del autor: "Pero he aquí que en dicha obra común, y cualquiera que sea la forma de participación que se examine, debe existir la figura del autor, ya que sin ella nunca podremos hablar de participación. No es concebible un delito en el cual intervengan nada más que partícipes". (1352)

Ahora bien, ¿de qué manera distinguimos a un autor de las personas que solamente son partícipes? ¿Cuál es el criterio válido para determinar a quién le vamos a imputar la comisión directa de un delito? A este respecto existen varias teorías de corte subjetivista u objetivista, atendiendo a las condiciones materiales o a la intención.

NUÑEZ dice: "... es autor principal del delito el que lo ejecuta o lo hace, sea que lo intente o que lo consuma. Lo común es que lo ejecute por su propia acción personal, sirviéndose de sus propios medios o utilizando objetos o animales, caso en el cual el agente será autor inmediato". (1353)

FIERRO recalca: "En definitiva, para nosotros es autor aquel que comete la acción típica descripta en la respectiva figura legal realizando alguna de las características del tipo, o quien se vale de otro que actúa como mero instrumento, o de quien lo hace sin culpabilidad o careciendo de imputabilidad, circunstancia esta última que es conocida o utilizada por el autor para llegar al fin que se había propuesto". (1354)

Aquí, en opinión de **FIERRO**, encontramos la diferencia entre el autor material (principal) y el autor mediato. "Es decir, como lo definía Soler, autor mediato será aquél que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es autor, o no es culpable, o no es imputable". (1355)

La autoría mediata, como las demás formas de participación, importa una ampliación del concepto de autor y es uno de los dispositivos especiales de ampliación del tipo, porque comprende y califica, como si fuera autor, a quien no ha cometido directamente la conducta que exige el modelo típico.

SAUER dice que la autoría mediata es una forma artificial y normativa de hacerse autor de un delito y propone un concepto natural de autor que elimine la construcción normativa de la autoría inmediata y ampliar el concepto de partícipe, de manera que permita una vasta graduación con respecto a la punibilidad. (1356)

Entonces, falta tratar el concepto de coautor. **NUÑEZ** explica: "En términos generales, coautores son los que toman parte en la ejecución de un hecho. El concepto de ejecución de un hecho sirve por lo tanto, para delimitar la coautoría de lo que, por ser un auxilio, cooperación o ayuda para el hecho, únicamente es complicidad". (1357)

(1352) **FIERRO**. Teoría de la Participación Criminal, pp. 201/2. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1353) **NUÑEZ**. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Parte General, p. 280. Lerner Ediciones. Buenos Aires, 1978.

(1354) **FIERRO**. Op. cit., pp. 211/2.

(1355) **FIERRO**. Op. cit., p. 216.

(1356) **SAUER**. Derecho Penal. Parte General, p. 302. Bosch Editorial. Barcelona, 1956.

(1357) **NUÑEZ**. Op. cit., p. 284.

Para FIERRO: "Coautor es aquel que tiene todos los atributos y calidades exigidas para configurar al autor y concurrir en idéntica situación con otro u otros a la comisión de un hecho común". (1358) Hay coautoría cuando dos o más autores han intervenido en los actos de consumación o tentativa del delito, bien sea desdoblando la acción u omisión.

Si el concepto de autor se ha extendido al autor principal, el autor mediato y al coautor, nos resta determinar quiénes son los partícipes del delito. NUÑEZ manifiesta: "Con esto ha quedado establecido el límite superior de la participación por complicidad: para ser cómplice no se debe tomar parte en la ejecución del hecho... si está fuera de ese ámbito, pero significa una cooperación o ayuda del hecho, es un acto de cómplice". (1359)

El mismo autor completa: "La complicidad exige contribución no ejecutiva en el delito. Este aporte puede ser, según hemos señalado: cooperación, auxilio o ayuda. A todas estas formas le es común la característica subjetiva de la convergencia intencional hacia el hecho común". (1360)

El vocablo complicidad, proviene del latín *complex*, *complicis*, que significa unido, junto, que en sentido extenso abarca a cualesquiera de las formas de participación y ya más restringido, únicamente contiene a la participación secundaria o accesoría, que es de la que nos habremos de ocupar, por el momento.

FIERRO es de la siguiente opinión: "...ya que quien efectúa un aporte --por más importante que éste sea-- es cómplice y no autor, siempre que no realice alguna de las características del tipo". (1361) La complicidad comprende todas las formas de participar materialmente (con esto se excluye la instigación), que no son abarcadas dentro del ámbito de la autoría o de la coautoría". (1362)

Ahora bien, cooperar significa intervenir en la delincuencia ajena, mediante aportes acordados, anteriores o simultáneos a su ejecución. En cambio, el auxilio se demuestra simultánea o anteriormente al delito, sin que exista previo acuerdo, de *motu proprio*. En fin, la ayuda, es posterior al hecho, en cumplimiento de una promesa anterior.

Asimismo, se menciona la complicidad necesaria, que se determina con el valor del aporte, dado que sin él, el delito no hubiese sido cometido y cual se realizó; existe siempre que, si le suprimimos, varía la ejecución del delito, no con la categoría de una *conditio sine qua non*.

La complicidad secundaria, en cambio y según NUÑEZ, se da: "...cuando el agente coopera a la ejecución del hecho de cualquier modo no constitutivo de complicidad necesaria". (1363) Es decir, no influye en la manera de la realización del delito, que con o sin él, no cambia en forma alguna.

FIERRO comenta: "Ciertamente, ella (la complicidad por cooperación) no debe ser confundida, como el autor correctamente lo aclara, con la complicidad primaria o secundaria, toda vez que admite en la primera ambas formas, mientras que en la segunda no acepta la complicidad por auxilio por ser en esa categoría causalmente insignificante". (1364)

En fin, la instigación es otra de las formas de participar en el delito, determinando directamente a otro para que lo cometa. Los instigadores no ejecutan materialmente el hecho, sino que lo elaboran en su fase interna, para que un tercero lo cometa. No son autores principales, aunque su responsabilidad está equiparada a la de ellos.

(1358) FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 234. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1359) NUÑEZ. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 287. Lerner Ediciones. Buenos Aires, 1978.

(1360) NUÑEZ. Op. cit., p. 288.

(1361) FIERRO. Op. cit., p. 282.

(1362) ~~IBIDEM~~

(1363) NUÑEZ. Op. cit., p. 295.

(1364) FIERRO. Op. cit., p. 291.

NUNEZ es claro al decir: "Su delincuencia está siempre supeditada al hecho del autor principal, porque solo éste, al intentar o consumir el delito ideado por el instigador, concurre con la acción que transfiera al campo de la participación criminal, al puro concurso de voluntades que el acto de instigación implica". (1365)

FIERRO dice que la instigación es la primera forma de participación auténtica, que reúne en sí todos los principios comunes e inherentes a la teoría general y recuerda que la coautoría era una de las formas de participar en el delito impropia o imperfecta. La supedita al hecho de que se determine a otros a delinquir. (1366)

Autores, coautores, cómplices primarios e instigadores deben recibir el mismo tratamiento legal. La persona a quien se instiga debe reunir todas las cualidades para poder ser autor y la conducta delictuosa debe quedar, al menos, en grado de tentativa; es decir, que para que sea sancionado el instigador, debe haber intento o consumación.

LISZT definió a la instigación en las siguientes líneas: "...la determinación dolosa de otro a un acto punible, cometido dolosamente por el inducido, ya sea este acto un crimen, un delito o una contravención". (1367) Para que la figura exista, según este tratadista, se precisa de la presencia del dolo.

FIERRO dice: "Tenemos entonces que la instigación consiste en hacer surgir en otra persona la intención de cometer un hecho ilícito, hecho que debe ser consumado o al menos tentado para que la instigación se configure como tal, vale decir, que la acción típica estriba en [determinar] y no en inducir, instigar o en aconsejar, toda vez que quien no ha cometido o tentado el hecho ilícito no ha sido determinado por el inductor, deduciéndose en consecuencia de lo expuesto, la razón de ser de la impunidad de la instigación privada incumplida". (1368)

Instigar equivale únicamente a determinar, no son aceptadas las otras acepciones del término. La autoría mediata debe diferenciarse claramente de la instigación; en la primera, un hombre se vale de otro, cual si fuera un simple instrumento; en la segunda, en cambio, el desencadenamiento de los hechos no es ciego, es un proceso humano razonado, aceptado y ejecutado por la persona que debe reunir las características para ser autor. (1369)

Algunos tratadistas incluyen en el concepto de la instigación a la autoría mediata. (1370) Otros los diferencian claramente, pero estiman que deben ser unificadas y comprendidas en el nuevo concepto de la autoría espiritual. (1371) Lo cierto es que varias legislaciones las separan y las doctrinas así las estudian.

Para que la instigación se dé, tal y como sucede con la complicidad, debe ser dolosa y dirigida a la comisión de un delito doloso. En la persona que instiga debe existir un doble dolo específico, que se comprende como querer determinar a otra y obtener el resultado delictivo, valiéndose de la instigada.

Las formas de instigación son variadas: A. El Mandato. B. El Consejo. C. La Orden. D. La Coacción. E. La Sociedad. Estas son las que marcó CARRARA, al tratar lo relativo al "concurso de voluntad sin concurso de acción", que es la manera como denomina a la instigación. (1372)

(1365) NUNEZ. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 298. Lerner Ediciones. Buenos Aires, 1978.

(1366) FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 296. Ediar. Buenos Aires, 1978.

(1367) LISZT. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, p. 87. Segunda edición. Editorial Reus. Madrid, 1929.

(1368) FIERRO. Op. cit., pp. 246/7.

(1369) FIERRO. Op. cit., p. 249.

(1370) OBERIGO. Citado por FIERRO. Op. cit., p. 249.

(1371) SAUER y BIRCHER. Citados por FIERRO. Op. cit., p. 241.

(1372) CARRARA. Programa del Curso de Derecho Criminal. Tomo I. Parte General, párrafos 442 y ss., pp. 296 y ss. Editorial Temis Bogotá. Buenos Aires, 1956.

FIERRO suma a las anteriores, la promesa de recompensas, las dádivas, el pago de un precio, las presiones psíquicas, el cruzar apuestas, los ruegos, los conjuros, el burlarse de los escrúpulos del sujeto a instigar, el aconsejar aparentemente la no comisión del acto, cuando se tiene el dominio mental de la situación, sabiéndose que *ese* es el medio más apto para hacer que el sujeto ejecute el hecho. (1373)

(197) LA DIFERENCIA DE LA INTERVENCIÓN CON OTRAS FORMAS SIMILARES.

El problema de los grados de intervención en el delito es diferente del de la "coelincuencia". En el primero intervienen dos o más personas de *otum* propio; es decir, no es una exigencia típica que esto suceda; en cambio, en el segundo, son las mismas descripciones normativas las que necesitan para cumplirse, de dos o más sujetos.

Los ejemplos son claros: En la intervención delictiva Juan ejerce la violencia y Pedro copula con María (son coautores). En la coelincuencia el tipo de incesto exige *tes* conductas homogéneas encaminadas hacia el mismo fin: Padre e hija consciente y deliberadamente copulan. En ambos casos intervienen dos individuos, más sólo en uno de ellos hay un problema de participación.

Lo que no significa una contribución al delito, también debe ser apartado de las formas de intervención como, por ejemplo, los tipos de encubrimiento. Situación que fue resuelta, considerando que ésta era una figura de la parte especial, porque no es una manera de participar en el ilícito penal, sino de cometerlo.

Asimismo, salen de los problemas de la intervención en el delito, los casos de cooperación intensional de una persona con el sujeto activo que la ley ha querido dejar impunes, bien sea porque son obtenidos por medio del engaño o mediante una no exigibilidad de otra conducta. Verbi gratia, el delito de estupro, cuando la mujer otorga su consentimiento.

En fin, tampoco son materia de la participación en el delito, los actos de intervención que la ley sanciona, cual si se tratase de una figura autónoma. Es el caso de los sujetos que favorecen la evasión de una persona que legalmente se encuentra privada de su libertad o bien, del que instiga a otro para que se quite la vida.

Las resoluciones que nos da la teoría general de la intervención en el delito funcionan tanto para las acciones como para las omisiones, en las tentativas y en la consumación, en el concurso de delitos y en el delito continuado. Son aplicables para los casos de dolo, no así para los delitos cometidos con intención indirecta o culpa.

En la doctrina tradicional se ha tratado de la "participación en la participación" (CARRARA) o "participación en cadena" (MAURACH), lo cual no es muy claro y se resuelve diciendo que toda participación en una participación es en sí un acto de participación y no una participación autónoma. (1374)

Bien puede intervenir en el delito por interposición persona, que sea la que efectivamente participe. Estos son algunos de los problemas que me toca resolver en los incisos que he dedicado a la diferencia de la participación con otras formas similares, que he de tratar en las líneas que a continuación desarrollo.

(a) LA INTERVENCIÓN Y LOS REQUISITOS DEL SUJETO ACTIVO.

Para que podamos llegar a la integración del delito en el mundo de la juridicidad es necesario que tenemos como modelo rector al tipo que lo describe. Uno de los elementos del ente jurídico-penal lo es el regulador o tipicidad, que es concebido como una relación entre conceptos de la realidad fáctica y las normas que describen las figuras.

(1373) FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 451. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1374) Cfr. FIERRO. Op. cit., pp. 49/53.

Lo que verdaderamente tuvimos en el sector de los hechos, debe ser comparado con lo que prescriben los dogmas legales, que en los delitos-tipo nos pueden hacer todas las peticiones que sean menester, para brindarles una protección efectiva a las expresiones fundamentales del derecho que precisan de una tutela especial.

Estos requisitos, entre otras cosas, están referidos al sujeto activo; es decir, a la persona que puede concretar todos y cada uno de los elementos típicos, para decir que ha cometido una conducta delictuosa y proceder a la valoración de la existencia del ilícito y de la responsabilidad, aplicándose las consecuencias que prevé la legislación.

Los mandamientos normativos, por cuanto hace al autor inmediato, pueden versar sobre sus calidades o cualidades o bien, sobre su número. Para resolver el problema que implica diferenciar entre la participación y los requerimientos jurídicos acerca del autor material, vamos a estudiar las cuestiones que pueden presentársenos en la práctica forense.

Ya he dicho que la intervención, para poder representar una situación problemática, necesita de los aportes de dos o más sujetos, para que el hecho haya sido ejecutado tal y como se dio. Esta difiere de la llamada "codelinuencia", en la cual también pueden ser distintos.

Al llamado "concurso de personas", van dos o más individuos a contribuir con sus actos activos u omisivos en una comunidad del hecho, sin que el postulado de explicitación conceptual para colmarse, requiera de ellos. Aun si fuera uno solo el ejecutor material, el tipo puede ser cumplimentado, prescindiendo de su participación.

En la intervención en el delito pueden concurrir dos o más individuos; en cambio, en la codelinuencia, deben cooperar una pluralidad de hombres. A esta segunda forma también se le llama "participación necesaria" y su tipo requiere de la convergencia de los distintos aportes de varios sujetos, que intervengan como lo ordenan los postulados penales.

FIERRO opina: "Quiere decir entonces, que no es el caso de varios sujetos que participan en la comisión de un delito cualquiera y en forma eventual, sino que el delito en cuestión sólo se consuma con las distintas acciones que concurren en forma convergente a integrar el tipo". (1375) Por ejemplo, el delito de asociación o agrupación delictuosa.

En ALEMANIA, los doctrinarios tratan varias formas de participación necesaria. MEZGER menciona los delitos de "encuentro", que para configurarse piden varias conductas, realizadas por distintos sujetos, cuyas mutuas actuaciones se corresponden. Son conductas homogéneas encaminadas hacia un mismo fin, por ejemplo, el duelo. (1376)

Se presenta también la hipótesis de la cooperación de varias personas que external conductas en un sentido paralelo de convergencia hacia el exterior; ésta la cita también MEZGER y trata de ella VON LISZT. La ejemplificamos con los llamados "delitos de las muchedumbres", como la sedición, el motín, la rebelión, etcétera. (1377)

WELZEL, MEZGER y LISZT sostienen que también hay participación necesaria en aquellos casos en que el tipo tiene por objeto la protección del - interventor forzoso y ésta es la razón por la cual, no importando el grado de cooperación del ofendido, su conducta permanece impune. Así, tenemos al delito de usura. (1378)

(1375) FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 33. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1376) MEZGER. Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General, pp. 323/4. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1935. En nuestro País el duelo no existe; empero, puede citarse el incesto, que también precisa de dos conductas homogéneas encaminadas hacia un mismo fin: Copular. Cfr. FIERRO. Op. cit., p. 34.

(1377) MEZGER. Op. cit., pp. 323/4 VON LISZT. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, p. 77. Madrid, 1929. FIERRO. Op. cit., p. 34.

(1378) WELZEL. Derecho Penal. Parte General, p. 128. Buenos Aires, 1956. MEZGER. Op. cit. pp. 323/4. VON LISZT. Op. cit. p. 77. FIERRO. Op. cit. p. 35.

SOLER y NÚÑEZ identifican las nociones de "codelinquencia" y "participación necesaria", siguiendo la terminología del Código Penal Argentino. JIMÉNEZ DE ASUA estima que la primera es sinónimo de participación criminal; es decir, que hace las veces de género, con distintos grados de intervención en el delito. (1379)

No da darle la denominación "codelinquencia" a los problemas que están excluidos de los supuestos que suscita la intervención en el delito, precisamente porque la ley, en los requisitos que conforman al tipo de una determinada figura, pide que sean dos o más los sujetos que influyan en su intento o consumación.

Este tampoco es uno de los casos de "coautoría", dado que en esta institución, a pesar de que son dos las personas que materialmente realizan el modelo rector, no es una exigencia típica que así sea, sino que concurren eventualmente a él. La codelinquencia y la coautoría son nociones diferentes, aunque se parezcan.

La codelinquencia es una participación necesaria, porque a juicio del propio texto legal, la conducta no podría llevarse a cabo con buen éxito, si no participan en ella dos o más personas. En cambio, la coautoría es intervención eventual, en el entendido que un solo sujeto puede completar el delito sin ayuda.

En la codelinquencia no puede haber una cooperación eventual ni la autoría es una participación necesaria. Solamente la autoría de estas hipótesis puede ser incluida en las formas de intervención en el ilícito. Para la otra, rigen los principios generales de la teoría del delito y la responsabilidad.

Cuando hacemos una comparación entre la codelinquencia o participación necesaria y la intervención en el delito o participación eventual, así como encontramos notas comunes, también nos percatamos que se diferencian en muchos aspectos. El primero es que en ambas concurren dos o más sujetos; en aquella forzosamente y en ésta, sin que sea necesario.

En la participación eventual los aportes de los distintos interventores pueden ser de cualquier clase, inclusive no delictuosos por sí mismos y en la codelinquencia, todos los que cooperan deben realizar materialmente la conducta, los medios o el resultado. Es decir, que en este supuesto se precisa de su ayuda física.

En los dos casos, los actos de auxilio o ayuda deben ser conscientes y deliberados; es decir, que quienes intervengan deben actuar en forma dolosa, queriendo, sabiendo y ejecutando, con el fin de producir un delito consumado o que se quede en grado de tentativa. Cuando meros, debe existir el comienzo de ejecución o injerencia.

En la participación eventual hay responsabilidad de todos los participantes, aunque sea en diferentes grados; su tratamiento legal sólo se diferencia en la individualización de las sanciones. En la necesaria, por el contrario, la responsabilidad es por igual, bajo el rubro de autoría material, principal o inmediata.

En el problema de la intervención en el delito todos los participantes deben responder, aunque no lo hayan realizado materialmente, en atención a la calidad de su aporte. En la participación necesaria cada uno de los sujetos tiene que realizar actos físicos, relacionados con la conducta, con los medios o con el resultado típico.

Solamente en los casos de codelinquencia se les llama autores materiales a los sujetos que intervienen; todos podrían ser coautores, aunque no con el sentido del término en la teoría de la intervención. En la participación eventual adquieren diversos títulos: sólo uno es autor material y los otros, intelectuales, mediatos, cómplices, etcétera.

(1379) SOLER. Derecho Penal Argentino. Tomo II, pp. 265/6. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1959. JIMÉNEZ DE ASUA. La Ley y el Delito, p. 496/7. Editorial Hermanos. Buenos Aires, 1959. PIETRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 35. Ediar. Buenos Aires, 1964.

Nada más quienes actúan en coautoría y en codelincuencia pueden ser sujetos activos del delito, en el entendido que deben cubrir las cualidades y calidades que requiere el tipo en forma íntegra. Los demás interventores en el ilícito, no es forzoso que cumplan con esos requisitos, solamente si son autores materiales.

No debe nombrarse a todos los interventores sujeto activo del delito, porque esta apelativa está designada para llamar en forma exclusiva a quienes aporan todos los elementos típicos. Los cómplices, los instigadores y los autores mediatos son también sujetos del delito, más no los que exige el marco de explicitación conceptual.

(b) LA INTERVENCIÓN Y LAS FIGURAS TÍPICAS.

Dentro de los supuestos que crea la propia Ley, tenemos que buscar aquellas figuras típicas que, aunque podrían ser consideradas como una de las hipótesis problemáticas de la intervención en el delito, se tienen como casos autónomos de ilícitos penales, atendiendo a que no llenan los requisitos esenciales de la participación.

En ellos, las disposiciones normativo-legales han querido ver como sujeto activo de la producción del resultado delictuoso (autor material), a quien en otras situaciones podría ser considerado como un simple cómplice para cometer e integrar el ente jurídico, bajo un título diverso al que realmente le está siendo asignado.

Esta manera de concebir lo que en forma aparente podría ser uno de los grados de aporte a la conducta delictiva, tiene como fundamento el de la falta de una de las peticiones que son menester para que podamos decir que existe alguna de las clases de participación y responsabilizar por ello al individuo que estamos enjuiciando.

No son muchos los ejemplos que se localizan en los delitos contenidos en la Parte Especial de los códigos penales y tal vez, encontremos algunos más en las normas punitivas autónomas; es decir, en las de las legislaciones no penales existentes. El caso es que reconozcamos cuando menos algunas de ellas y que las analicemos.

En primer lugar tenemos a la instigación o ayuda al suicidio, tipificada en el artículo 312º del CPF, que dice: "Al que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide...", "...si lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte...". Esta norma contiene tres hipótesis diferentes que debemos estudiar.

La primera está en el hecho de prestar auxilio, que se tiene como uno de los supuestos de la complicidad. No es una de las formas de intervenir en el delito, en virtud de que el suicidio no está considerado como tal, por razones obvias, y faltaría el elemento más importante. Ni siquiera su tentativa es punible, restando corroborar si puede quedarse en intento.

La segunda se constituye al inducir a otro a que se suicide, que se presta para calificar a quien la realice como autor mediato. Tampoco es una de las maneras de participar, por los mismos motivos que expuse. En atención a la calidad del bien jurídico: La vida, han querido considerarse como figuras delictivas autónomas.

En la tercera previsión, algunos autores han querido ver un germen de la eutanasia (muerte por piedad), lo cual considero erróneo, en el entendido que ésta tiene requisitos muy bien diferenciados, que no aparecen en la redacción del precepto 312º del CPF antes citado. Es más, nuestra Ley estima que la eutanasia sigue siendo un homicidio.

Más bien, el tercer supuesto es uno de los errores y absurdos de la Ley Penal de 1931, toda vez que si el presunto auxiliar o instigador del suicidio ejecuta él mismo la muerte, se trata de un autor material o inmediato de homicidio y como tal, debe ser penado, siendo innecesaria una previsión especial.

Si de conformidad a la naturaleza del bien jurídico, por tratarse de la vida, el máximo valor humano, quiere verse en el auxilio o la inducción al suicidio una figura independiente del delito, entonces que se legisle únicamente aludiendo a esas dos formas las cuales no deben ser apreciadas de acuerdo a las reglas de la intervención.

En esos casos tendremos presente que estima que la cooperación o el consejo para que otro se quite la vida, es una manera de aparecer como autor material, inmediato o principal de un delito de instigación o auxilio al suicidio, en grado de tentativa o consumado y que hay responsabilidad, bajo este título.

Así, en el caso de que solamente se intente la privación de la vida por el titular del derecho protegido o bien, que el que va a hacer un aporte o a aconsejar se quede en un comienzo de ejecución, no debe hablarse de tentativa de participación, sino de tentativa a título de autor material o de un delito autónomo.

Otro de los ejemplos que encontramos en este plano, lo tenemos en el hecho de favorecer la evasión de un preso, de la cual nos habla el artículo 150° del CPF, en los siguientes términos: "Al que favoreciere la evasión de algún detenido, procesado o condenado. Si el delincuente fuere el encargado de conducir o custodiar al prófugo...".

Se completa con lo dispuesto en el precepto 152°, que menciona: "Al que proporcionare al mismo tiempo, o en un solo acto, la evasión de varias personas privadas de libertad por la autoridad competente" y con el numeral 154°, que alude: "Al preso que se fugue no se le aplicará sanción alguna, sino cuando obre en concierto con otro u otros presos y se fugue alguno de ellos o ejerciere violencia en las personas...".

En este caso, el favorecimiento a la evasión es un delito autónomo, en virtud de que la Ley así lo ha querido considerar y quien se evade, a pesar de que podría cometer un acto ilícito penal, no es sancionado, más que en los supuestos que menciona el precepto 154°.

Se presenta el problema de la evasión que sí constituye un ente jurídico independiente y está sancionada, puesto que relacionando esta norma con la 150°, tenemos que podría haber una coautoría y no es así, simplemente se trata de dos autores materiales de distintos hechos delictivos: Uno de favorecimiento a la evasión y el otro de evasión, aunque parezca contradictorio, así debe resolverse.

En fin, también contamos con los supuestos autónomos de delito, en la cooperación del ofendido a las lesiones que le produce un tercero y la sanción para el encubridor, aunque no en razón de esta figura, sino por ocultar o vender la cosa sustraída, que existen en el Código Penal Argentino, según afirma NÚÑEZ. (1380)

Mención aparte merece el encubrimiento, que crea confusiones por la redacción antigua de la fracción VII del numeral 13°, que fue modificada con las reformas de 1984, que contenía una disposición similar a la fracción II de la norma 400°. Ambas aludían a una cooperación al delincuente posterior al delito.

El problema que se generaba fue resuelto, sosteniéndose que en la hipótesis del artículo 13° se requería una promesa o acuerdo anterior a la comisión del delito y en la relativa del precepto 400°, ese acuerdo o promesa debería ser posterior a la ejecución de los hechos delictivos. Así, lo que era aparentemente igual, quedaba muy bien diferenciado.

Si existen otras figuras participativas que son consideradas como integrantes de un ilícito penal independiente, al estudiar la cosa las identificamos y resolver como le dicte su sano juicio y un justo criterio. A mí sólo me resta pasar a hacer el análisis correspondiente a las figuras participativas no sancionadas.

(c) LA INTERVENCIÓN Y LAS FIGURAS PARTICIPATIVAS NO SANCIONADAS.

Resulta que también podríamos decir que estamos ante uno de los casos de la participación en los supuestos en los que el sujeto pasivo del delito u ofendido coopera en forma voluntaria e intencional para cometerlo; es decir, que brinda un aporte, sin el cual los hechos no se hubiesen desarrollado tal y como se dieron.

(1380) NÚÑEZ. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial, p. 272. Lerner Ediciones. Buenos Aires, 1978.

No se tienen como hipótesis de intervención en el delito, habida cuenta que quien dio una ayuda para que pudiera ejecutarse la conducta delictuosa, es el propio ofendido y ésta fue obtenida por medio del engaño, a través del aprovechamiento del error bien, en uno de los supuestos de no exigibilidad de otra conducta.

La Ley no podría imponerle una sanción a quien cooperó de esta manera y además, es víctima de la conducta ilícita penal, porque eso provocaría una situación injusta; dado el estado de inferioridad en el que se encontraba, ante el cual no podía más que acceder a las peticiones del sujeto activo o no advertir sus propósitos.

Es por ello que, aunque sin su ayuda el delito no podría haber sido llevado a cabo o no en la forma en que se llevó, la ley ha querido dejar impunes esas supuestas intervenciones, para reafirmar que el nuestro es un Estado de Derecho y que intenta proporcionarles seguridad jurídica a sus miembros.

Los ejemplos son fáciles de encontrar y se me ocurre mencionar al estupro, cuando una persona menor de dieciocho años otorga su consentimiento para que el sujeto activo copule con ella y esa venia es producto del engaño, que puede ser mediante una promesa falsa de matrimonio, que es el medio más común.

Aquí la situación de inferioridad de la víctima, de carácter psíquico es evidente, ya que se presume la carencia de un discernimiento adecuado, porque se trata de una menor de edad. La protección jurídica que se le brinda debe ser amplia; por ello, sonaría insensato proponer su castigo penal a título de cómplice (¿o de coautor?).

Otra hipótesis es la violación, cuando el pasivo da su consentimiento, porque se ejerce en él una violencia física o moral de tal naturaleza, que no le queda otro remedio, ya que se le causa o amenaza con el mal grave en sus bienes jurídicos o en los de las personas allegadas a ella.

Este es un supuesto de no exigibilidad de otra conducta, si la violencia moral reúne los requisitos para que pueda operar. En el caso contrario, se presentaría un supuesto de atipicidad por faltar uno de los elementos típicos, aunque tampoco sería sancionado quien dé su consentimiento para la cópula.

Hay que tener cuidado en no confundir esta situación con aquella que ha sido denominada "concurrencia de culpas", que tampoco es una de las formas de intervenir en el delito, sino una institución jurídico-penal autónoma, en la que puede haber o no sanción para los concurrentes, a juicio del legislador.

En la concurrencia de culpas no debe hablarse de participación porque, a mejor criterio, sostengo que la conducta culposa no la admite, ya que cuando se actúa violando un deber de cuidado, no se quiere la producción de un delito y no puede haber aportes conscientes y deliberados para su ejecución.

Cierto sector de la doctrina sí admite la participación culposa, existiendo obviamente, quienes la rechazan. Yo decididamente, apoyo la segunda postura; no hay participación culposa ni en los delitos culposos. Todo acto de intervención en el delito requiere del aporte deliberado y consciente dirigido a la producción del delito.

Este es un problema que trataré en el siguientes inciso, al hablar de las situaciones problemáticas que se suscitan en la teoría general de la intervención en el delito. Únicamente me queda afirmar que es muy importante hacer la diferencia precisa de los casos en que es necesario analizar la intervención en el delito.

(198) LA SITUACION PROBLEMÁTICA DE LA INTERVENCIÓN.

Si he tratado de sistematizar esta tesis y expuse temas como: El nombre, el concepto y los requisitos de la intervención en el delito y sus diferencias con otras formas similares, como lo son: La codeincuencia, las figuras típicas y las hipótesis participativas no sancionadas, me resta atender a sus problemas.

En este subtema analizaré los supuestos en que puede y no presentarse la participación, aplicando su teoría general a la tentativa, a las consumaciones, a la intensión, a las actividades e inactividades y a los delitos especiales, procurando ser concreta y a la vez, explicar a plenitud cada una de estas situaciones.

Determinar si puede o no haber una hipótesis de intervención en las distintas manifestaciones del ilícito penal, es una cuestión harto importante, por la simple y sencilla razón de que todos sus grados generan responsabilidad y como consecuencia, la individualización e imposición de las penas típicas.

Estas son cuestiones que se presentan a diario en la práctica forense de nuestra disciplina y que no son atendidas con el debido cuidado, en algunas ocasiones, por desconocimiento del problema y que tienen que ser resueltas por la doctrina, en busca de un criterio uniforme y en beneficio de los implicados en una relación procesal-penal.

(a) LA INTERVENCIÓN EN LOS DELITOS CONSUMADOS O EN GRADO DE TENTATIVA.

Recordemos que un delito es consumado cuando adquiere su objetividad jurídica, cuando todos sus elementos han sido probados y comprobados y como consecuencia, tenemos una conducta típica, antijurídica y culpable, que lesionó o destruyó, por lo tanto, un bien protegido por la ley penal, mediante la descripción de un tipo delictivo.

Se queda en grado de tentativa, cuando hay un comienzo o una total ejecución o inexecución, sin que llegue a perfeccionarse y ponga en peligro o contrvierta una expresión fundamental de derecho amparada en la normatividad punitiva, resultando de ello un intento acabado o inacabado, que también es punible.

Los requisitos de la intervención en el delito pregonan la necesidad de que exista un intento o una consumación de cierta figura delictiva, al cual concurren todos los aportes de los diversos partícipes, generando responsabilidad para todos, con la consiguiente individualización e imposición de las sanciones penales.

En este orden de ideas, tenemos que la participación no genera problemas, bien sea que se dé en un delito consumado o intentado. A lo más, nos tropezaremos con el hecho de determinar en qué grado cooperó cada persona, para fundamentar y motivar la calidad de su aporte y hacerle responsable bajo un título concreto.

Lo que sí se cuestiona, es la situación de que si es posible admitir las distintas formas participativas en un acto de participar. La doctrina tradicional le llama a este problema "participación de la participación". Utilizando mi nomenclatura, deberíamos nombrarle "intervención en la intervención".

Cuando CARRARA toca este punto, lo ejemplifica así: "Carlos quiere instigar a Pedro para un homicidio; no lo conoce, pero sabe que Luis es íntimo de aquél, y en consecuencia, compra el auxilio de éste y lo induce a convertirse en el instigador de Pedro. La proposición inicial produce efecto; la instigación de Luis vence el ánimo de Pedro, que se convierte en homicida. Se imputa a Carlos la complicidad por instigación. En realidad, ésta partió de él y fue, por lo tanto, causa eficiente del homicidio". (1381)

Al examinar esta cuestión a la luz del derecho positivo de distintos países, concluye que en algunos no es posible admitir la participación en un acto de participar. Por cuanto hace a la teoría CARRARA ve que los elemen-

(1381) CARRARA. Teoría de la Tentativa y la Complicidad, p. 248. Madrid, 1877. FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 50. Ediar. Buenos Aires, 1964.

tos material y moral del delito pueden configurarse por interpósita persona, con (una unión específica de la voluntad del cómplice mediato con el autor del delito). (1382) SAUER y LISZT la llaman "participación mediata" y MAURACH, "participación en cadena". (1383)

Esta hipótesis problemática se resuelve aplicando las reglas de la participación; si logra determinarse que alguno participó en la participación de otro, es responsable bajo el título que le corresponda. La llamada "participación en la participación", no es más que una participación en sí y como tal, debe ser sancionada.

FIERRO es determinante: "Tanto el que instiga al instigador como el que ayuda dolosamente a un cómplice, se convierten asimismo en instigadores o cómplices del hecho principal". (1384) No puede haber autonomía en la participación de la participación, en el entendido que ésta no constituye delito por sí misma.

La cooperación o determinación a una acción partícipe, es un aporte al hecho principal, así lo sostiene SCHER. (1385) Aclara que debe suprimirse de las fórmulas legales el vocablo "directamente", puesto que se presta a equívocos, ya que, como vimos. es admisible que se participe por persona interpuesta. (1386)

La participación absorbe cualquier otro tipo de participación y no se admite en forma independiente y accesoria, puesto que la participación ya es dependiente, de por sí, del hecho principal. A mi juicio, ni siquiera es posible aceptar una participación primaria y otra de carácter secundario.

Se habla de una tentativa de instigación o complicidad, también en la doctrina tradicional, que tampoco es admisible, porque se carece del aporte real para el delito; en el entendido que si el hecho delictuoso (que es el principal) no se realiza, hay un intento de nada y si se ejecuta y no se instigó a auxilio efectivamente, no hay materia para la intervención.

FIERRO menciona: "En la hipótesis que estamos considerando, (tentativa de instigación o complicidad) no existe ningún aporte causal efectivo que nos conduzca al delito, sino, a lo sumo, un mero intento fallido. Esta figura no debe ser confundida con la participación en una tentativa que sí es punible". (1387)

No puede responsabilizársele a uno, por algo que no hizo; por ello, la tentativa de instigación o complicidad no se da. Para que la determinación o ayuda a cometer un delito produzca que un sujeto responda ante la Ley, es necesario que se dé efectivamente en la realidad de hechos, para que pueda ser analizada jurídicamente.

Aunque la doctrina tradicionalista hable de ella, la tentativa de instigación o complicidad no existe y me parece que sería prácticamente imposible que podamos probarla y comprobarla y aunque lo hiciéramos, no tendría efectos jurídicos, porque no es una situación que esté prevista en los códigos penales.

En cambio, bien puede afirmarse la existencia de una participación en el delito que se queda en grado de tentativa acabada o inacabada y ella aparece cuando se brinda un aporte de cualquier naturaleza a la persona que tiene entre sus metas la de cometer una conducta delictuosa y no llega a consumarla por cualquier motivo.

(1382) CARRARA. Teoría de la Tentativa y la Complicidad, pp. 248 y ss. Madrid, 1877. FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 51. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1383) SAUER. Derecho Penal. Parte General, pp. 327 y ss. Editorial Bosch. Barcelona, 1956. LISZT. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, pp. 96 y ss. Editorial Reus. Madrid, 1929. MAURACH. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 367. Editorial Ariel. Barcelona, 1962.

(1384) FIERRO. Op. cit., p. 51.

(1385) SOLER. Derecho Penal Argentino. Tomo III, p. 293. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1951. FIERRO. Op. cit., p. 51.

(1386) IDEM.

(1387) FIERRO. Op. cit., p. 52.

Si existe un comienzo de ejecución inofrecución y el delito no se realiza por causa ajena o propias a la voluntad del agente y además, hubo alguna otra persona que cooperó con él para que pudiera llevarla a cabo, estamos ante la presencia de la participación o intervención en una tentativa acabada o inacabada, respectivamente.

Aquí se deduce, por lógica, que la conducta del partícipe debe ser consumada; es decir, efectiva y dirigida a prestar ayuda, auxilio o cooperación al sujeto activo. Aunque sus actos no sean ilícitos de por sí, adquirirán una calificación cuando se los realice con el hecho principal que se ha quedado en intento.

Las reglas de la participación o intervención en el delito se aplican por igual a las tentativas y a las consumaciones, con sus consabidas diferencias, dado que nos enfrentamos a distintos grados de delito y las sanciones que le corresponden a cada uno de las figuras son diferentes, en atención a lo que prevé el Código Penal.

(b) LA INTERVENCIÓN Y LA INTENCIÓN.

Si nos ponemos a recordar qué es la intención, tendremos presente que fue definida como el grado de energía que se le da a una cualidad, que en el caso a estudio se entiende como la voluntad o el querer. Esto significa que la intención es el grado de energía que se dirige a la voluntad, que es uno de los elementos de la conducta.

La intención es parte de los requisitos necesarios para que podamos configurar al elemento subjetivo-material y en su ausencia, debemos negarlo, al mismo tiempo que proclamamos la inexistencia del ente jurídico-penal. La intención debe estar presente tanto en las conductas de los capaces, como en las de los incapaces.

Para que nos enfrentemos a uno de los problemas que suscita la intervención en el delito, es necesario que se dé la intención en la conducta del autor principal, lo mismo que en la de los partícipes. Sin ella nos es prácticamente imposible afirmar la presencia del delito y de la responsabilidad y consiguientemente, no podemos aplicar sanción alguna.

En materia de la responsabilidad por la intervención en el delito, se nos aparece la cuestión de analizar si es posible admitir las tres formas que puede adoptar la intención, a saber: Directa o dolosa, indirecta o culposa y mixta o preterintencional. Ocupémosnos ahora de la primera de ellas.

La intención directa o dolosa se da cuando el individuo quiere la realización de una conducta delictiva y con ella producir el resultado que, igualmente, tiene la calidad de delito, atendiendo a que se encuentra descrito o tipificado en una de las normas de la parte especial de los códigos penales o en leyes que no son propiamente penales.

Uno de los requisitos para que nos enfrentemos a un problema de la intervención en el delito, es que el aporte que brinda el partícipe sea consciente y deliberado; es decir, conociendo que se coopera a un delito y queriendo brindar una ayuda efectiva para su producción. Esto se traduce en una actuación dolosa o bien, con intención directa.

De manera que los actos de intervención en el delito únicamente pueden ser dolosos, sin que se admita la modalidad de la intención indirecta o culposa en cualesquier de sus dos grados. Aunque el problema que debemos dilucidar no es ese, sino el de que si puede haber participación en un delito doloso y nos resulta afirmativo.

Me atrevo a decir que ninguno de los juristas penales podrían negar que haya intervención en los delitos cometidos con intención directa o dolosa, cuando ésta acepta su modalidad en el primer grado; o sea, cuando adquiere la forma de "dolo directo", como lo llaman en la doctrina tradicional.

La cuestión que podría crear debates es la de aceptar la participación en los delitos que se han llevado a efecto con intención directa de segundo grado o "dolo eventual", en los cuales el sujeto no quiere más que la realización de la conducta y acepta el resultado delictuoso, en caso que se produzca.

Sin entrar en muchas polémicas, mi opinión es en el sentido que si la regla nos marca que la intervención en el delito se da siempre que existan actos de cooperación para intentar o consumar una conducta dolosa, la respuesta para los casos en que se da el dolo eventual, debe ser afirmativa, si se reúnen los requisitos necesarios.

Esto es independiente de que el sujeto que proporciona los actos de aporte al delito sepa de la aceptación de los resultados delictuosos, porque ese es un problema que se resuelve en la prueba del ilícito penal y no en la responsabilidad y que provocaría una ausencia del ente jurídico y no una irresponsabilidad.

Ahora, por cuanto hace a los delitos en que se presenta el dolo de las consecuencias necesarias o intención directa de consecuencias, nadie podría negar que la participación o intervención en hechos delictuosos puede presentarse, dado que fácilmente pueden ser comprobados los requisitos que son menester para que se integre.

Así, si un sujeto quiere la realización de una conducta delictuosa y de un resultado del mismo carácter, que necesariamente debe producir otros, como consecuencia, es responsable por todo lo que se genere, tal y como lo son las personas que intervengan en él, prestándole un auxilio, una ayuda o una cooperación.

El principio de la responsabilidad por la intervención en el delito pregona que el ser humano debe responder no solamente por lo que quiso y causó queriendo, sino por todo aquello que sea consecuencia de su actuación ilícita, sea querido o aceptado o no, porque él es la causa que lo desencadena.

En resumen, la intervención en el delito es perfectamente aceptable en el de comisión dolosa, bien sea en forma directa, eventual o de consecuencias necesarias. Recalcándose que la actuación del participetambién debe reunir esa calidad, dado que es uno de los requisitos constitutivos de la intervención en el ilícito penal.

Un problema severo se nos presenta cuando ha de tratarse la participación en los delitos ejecutados con intención indirecta o culpa, en el entendido que algunos autores la aceptan y otros la rechazan terminantemente. Yo me inclino por esta última postura, veamos el razonamiento que motiva mi preferencia.

MUREZ dice: "La ayuda supone en quienes la prestan una tendencia hacia el objetivo o hecho común, esto es, una convergencia de las particulares intenciones en un mismo objetivo, que pueda tener su fuente en el acuerdo de los participantes, reflexivo o imprevisto, o en la respectiva intención de contribuir a un hecho común". (1988)

Lo expuesto lo lleva a concluir que esa meta en comunidad puede ser la ejecución de un hecho punible o bien, sólo una conducta carente de los debidos resguardos para no dañar a las personas, a los intereses o a los bienes ajenos; sosteniendo que, por ello, puede haber participación en los delitos culpables.

Continúa ese autor: "Científicamente se ha negado esa posibilidad, porque, según se dice, la impediría la necesidad de que el autor principal, a quien el inductor instiga o el cómplice ayuda, haya ejecutado un acto intencional". (1989) Esta postura me ayuda a encontrar el fundamento de mi opinión, como después veremos.

Son contestes con él: **RIVAROLA, GOMEZ, SOLER, ODRUGO, VIDAL MAGNON, BELING, BINDING, MAYER, MEZGER, MANZINI PERRI, SCHONKE, KOLERAUCHI, QUIN-**

(1388) MUREZ. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, pp. 277/8. Lerner Ediciones. Buenos Aires, 1978.

(1389) IDEM, p. 278.

TANO RIFOLLES, ALZAVILLA y MERKEL. Lo contradicen categóricamente: JIMENEZ DE ASLA, FORGE HETT, CARRARA, PESSINA, SIGHELIE, TOSTI, MAJNO, VANNINI, FLORIAN, MAURACH, WELZEL, FIERRO y YO. (1390)

El mismo tratadista sostiene: "Pero, en realidad, así como el obrar delictivamente por culpa, aunque excluye toda intención delictiva, no excluye la intención de la conducta calificable como culposa, tampoco la intervención de varios en el acto de culpa elimina la posibilidad de una situación intencional, recíproca o unilateral, que lo muestra como resultante de un proceso de ayuda, auxilio o cooperación". (1391)

GOMEZ opina: "Si varias personas, procediendo en cualquiera de las hipótesis que definen a la culpa penal, intervienen en un acto, al que concurre la voluntad de todas ellas, la circunstancia de que no hayan previsto ni querido el efecto dañoso que de tal acto se deriva, no borra la realidad del acuerdo llevado a cabo; y esta realidad es la que conduce a sostener la afirmación de la cuestión propuesta". (1392)

Los autores que están por sostener la intervención en los delitos culpables o de intención indirecta, tienen algunas discrepancias, sobre todo, en lo relacionado con la instigación.

FERRI sostiene que no puede haber participación dolosa en un delito culpable, aunque sí participación culpable. Que la participación dolosa en un delito culpable debe ser tenida como autoría mediata o instigación. Que con respecto a la calidad del acto del instigador, no cabe alguna forma de responsabilidad que no se base en el dolo directo. (1393)

CARRARA obligatoriamente rechaza la participación en los delitos culpables, considerándola como una contradicción in adjecto, asentando la regla L. 51, Párr. 2.º, de "furtis" de ULPIANO, que dice: "Justamente dijo Pedro, que así como no se puede cometer un hurto sin dolo, tampoco se puede instigar o auxiliar sin dolo". (1394)

El ejemplo que tradicionalmente puede ser citado, es aquel en el cual un individuo autoriza al conductor de un automóvil que lo haga a exceso de velocidad, provocando el homicidio de un peatón. FIERRO habla del sujeto que ayuda a otro a transportar imprudentemente un explosivo, que al estallar, causa la muerte de varias personas.

Este autor resuelve las cuestiones diciéndonos: "En ambos casos cada uno será considerado como imprudente y cada uno recibirá su sanción; pero no podrá hablarse de participes puesto que no hay un autor principal, con intervención de cometer el delito". (1395) Rechaza el que se aplique la teoría general de la participación a hechos culpables principales.

A mi entender, en el primero de los casos tiene que negarse que la participación pueda existir, porque es muy cierto que el que aconseja a otro a que conduzca de una manera desenfrenada, no está guiando su aporte a una conducta delictiva sino, a lo más, a una infracción del Reglamento de Tránsito.

(1390) Cfr., entre otros: SOLER. *Derecho Penal Argentino*. Tomo II, p. 295. Tipográfica Editorial Argentina. Buenos Aires, 1952. MEZGER. *Derecho Penal*. Parte General. Libro de Estudio, pp. 317/8. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1958. MANZINI. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III, p. 326. Ediar. Buenos Aires, 1948. OBERIGO. *Código Penal Anotado*, p. 61. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1957. FERRI. *Principios de Derecho Criminal*, p. 528. Editorial Reus. Madrid, 1933. MERKEL. *Derecho Penal*. *Derecho Penal*. Tomo I, p. 105. Editorial la España Moderna.

(1391) KUNZE. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Lerner Ediciones. Buenos Aires, 1972.

(1392) GOMEZ. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, p. 494. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires, 1939.

(1393) SOLER. *Derecho Penal Argentino*. Tomo II, p. 283. Tipográfica Editorial Argentina. Buenos Aires, 1951.

(1394) CARRARA. Citado por FIERRO. *Teoría de la Participación Criminal*, p. 60. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1395) FIERRO. *Op. cit.*, p. 62.

Al que sigue el consejo, se lo sancionará como autor material de un delito consiste esta intención indirecta o culpa, pero al que lo aconseja no debe sancionárselo, en el entendido que el no tiene a su cargo la observancia de un deber personal de cuidado, porque en ese momento no se halla ante el volante.

En cambio, en el segundo de los supuestos, el que auxilia a otro a transportar explosivos, sin tomar las debidas precauciones, es responsable de su propia actuación culposa porque, dadas las condiciones, también tiene la obligación de respetar el deber general de cuidado, mas es obvio, que no es interventor propiamente dicho, sino ejecutor.

En un caso extremo, si quisiéramos a toda costa aplicar la teoría de la participación a esta hipótesis, tendríamos que concluir que el sujeto está realizando por sí mismo una conducta que está en posibilidades de constituir un delito y por lo tanto, es coautor; o sea, un autor material junto a otro del mismo carácter.

Mi posición es definitiva, no acepto que la teoría general de la intervención en el delito pueda ser aplicada a los delitos cometidos en forma culposa, si no es en el supuesto que cada una de las personas responda como autor material, atendiendo a su propia culpa, por violar un deber general de cuidado que personalmente le incumbe.

Como en nuestro país el derecho penal no compete más que a los delitos, la teoría de la participación tampoco es aplicable a las faltas o infracciones del Reglamento de Tránsito. Si puede comprobarse que ambos sujetos violaron un deber de cuidado que, por sus condiciones personales y las circunstancias imperantes, les es exigible, cada uno responde por su propia culpa.

PIERRO señala que "puesto que es obvio que si rechazamos la aplicación del dispositivo extensivo del tipo que se llama participación, para esta clase de delitos (los culposos) no estaremos en condiciones de aceptar aquellas conductas laterales atípicas de cooperación o de determinación. El inconveniente de esta solución -- de todas formas evidente -- no nos permite tampoco caer en la tesis opuesta en razón de que no compartimos las razones que la sostienen. Desgraciadamente, constituye todo un problema..." (1396)

No considero que sea tal, simplemente, debe erigirse un principio que pregone que la teoría general de la intervención en el delito no es aplicable a los ilícitos culposos.

Ahora, nos queda atender a la situación problemática que suscitan aquellos delitos en los que interviene la intención en sus modalidades directa o indirecta -- me refiero a los ilícitos penales cometidos con intención mixta o preterintención, en los cuales hay una mezcla de dolo y culpa, en el inicio y en el final, respectivamente.

Pocos son los autores que se ocupan de dilucidar esta situación; así es que contamos con escasas opiniones al respecto, aunque es muy necesario que podamos brindar un mínimo de claridad, por lo menos para que se tome en consideración, puesto que en la práctica foran se puede plantearse esta hipótesis y hay que resolverla.

Los penalistas que aceptan el delito preterintencional, generalmente lo conciben como el maridaje de dolo y culpa; es decir, que las dos principales formas de intención se suman y otra adquiere autonomía y, al menos en nuestra legislación, así se la estima, otorgándole una penalidad propia.

Estamos en presencia de la preterintencionalidad, cuando el sujeto activo quiere producir un resultado delictuoso de menor gravedad, a la de aquél que realmente ocasiona, como consecuencia de violar un deber general de cuidado, que las circunstancias y sus condiciones personales hacen que le sea exigible.

Así las cosas, en primera instancia, sin pensármoslo mucho, podemos decir que la participación y sus reglas serán aceptables para el resultado doloso que no se produce y serán inaceptables, para su consecuencia culposa que sí tiene verificativo; aunque sería una respuesta un tanto desproporcionada para los participantes.

Esto daría por resultado que al autor material se le aplicara la pena correspondiente al delito preterintencional, que es menor, comparada con la del doloso y a los demás interventores, tendría que individualizárseles e imponérselos la sanción prevista para los ilícitos penales derivados del dolo.

PIERRO responde: "La aparente injusticia que surgiría de la aplicación del referido artículo al colocar al partícipe en una posición de desigualdad con respecto al autor, sobre todo si se concibe al delito preterintencional como calificado objetivamente por el resultado, desaparece al plantearse que la agravación no responde a una forma objetiva de culpabilidad, sino que deriva de una negligencia culpable". (1397)

Estimo que la injusticia no es tal, puesto que uno de los principios de la responsabilidad recae que cada uno responda por su propia intención o culpabilidad y el interventor del delito preterintencional, distinto al autor material, ha actuado en forma dolosa.

En el delito preterintencional el sujeto activo se encuentra con un exceso en el fin propuesto, debido a la violación de un deber de cuidado, pero la guía para la calificación jurídica de su conducta nos la da la intención directa (dolo) con la que actuó. En mi consideración, no es propiamente un delito calificado por los resultados.

Si fuese en paridad uno de los delitos de calificación objetiva, entonces, tendríamos que aceptar que la aplicación de las reglas de la teoría general de la intervención en el delito es total o, lo que es más, todos los interventores tendrían que responder como el autor material, bajo el mismo título delictivo y en la misma forma.

Así lo estima PIERRO: "Si se partiera de la base de que en realidad se trata de delitos calificados por el resultado, vale decir, que importan formas objetivas de responsabilidad, no habría problema alguno para admitir la participación en su totalidad: le sería imputable al partícipe que quiso cooperar o determinar la comisión de un hecho doloso, las consecuencias no queridas pero que la ley pone a su cargo". (1398)

El mismo justicialista concluye: "La agravación, de ser netamente objetivo, se aplicaría a todos por igual; el partícipe debería responder por su parte en las consecuencias del hecho al cual su conducta accedió. Pero esta tesis es rechazada por una correcta estructuración del delito preterintencional".

La responsabilidad es individual y atendiendo al grado de intención que cada uno le haya dado a su voluntad; si la intencionalidad fue directa, que se responde a título de dolo; de culpa, si fue indirecta y de preterintencional, si hubiese sido mixta. Lo que se excede en el fin es nada más el resultado de los actos del autor.

Las conductas que los partícipes se conservan íntegras y como tienen la calidad de dolosas, bajo ese rubro debe surgir la responsabilidad por su intervención en el delito; en nada varía si es otro el resultado que realmente tiene verificativo, puesto que tampoco cambia el comportamiento voluntario del autor principal.

Tampoco podría decirse que el objetivo propuesto se ha quedado en intento, habida cuenta que la actuación de todos los interventores en el delito, inclusive el autor material, se ha dado y si las consecuencias son diferentes a las que realmente se representaron, no se debe a la actuación de alguno de ellos.

(1397) PIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 65. Ediar. Buenos Aires, 1964.
(1398) PIERRO. Op. cit., pp. 65/6.

No hay pie para decir que se trata de participación en una tentativa, porque no se consuma el fin propuesto. Eso sería una perogrullada y una resolución inadmisiblemente jurídicamente. El dolo y el fin concreto que se persigue no pueden desaparecer por acto de magia, ni en la conducta del ejecutor material, siquiera.

Es el dolo dirigido al resultado menor el que guía a toda la estructura de la conducta delictuosa; se le considera preterintencional, atendiendo a la intención directa que motiva al autor y de no ser así, hablaríamos solamente de un ilícito penal cometido al violar un deber general de cuidado (culposo).

La comisión del resultado mayor no beneficia más que al autor, todos los demás intervertores en el delito se rigen por las reglas que le atañen a la intención directa de su conducta de ayuda, auxilio o cooperación. Aquí la causalidad les juega una mala pasada a todos los partícipes del delito, puesto que no les brinda prerrogativa alguna.

Si dijéramos que la conducta de los intervertores en el delito preterintencional, distintos del autor material, debe ser sancionada bajo ese título, estaríamos aceptando que puede haber participación en los delitos culposos, que ya negué rotundamente, y contradiríamos los principios generales aplicables a la teoría en cuestión.

Además, de cualquier manera, como los partícipes en el delito que no realizan materialmente el verbo rector del tipo, deben tener una sanción menor a la que no ejecuta, teóricamente, no hay injusticia alguna, dado que el juez, al comprobar su responsabilidad, valorará la calidad del aporte y determinará la sanción que va a imponer.

Debe hacerse una clara diferencia entre los resultados que son obtenidos por un exceso en el fin y que se calificarán como preterintencionales, y aquellos en los cuales el partícipe causa un resultado de mayor gravedad en forma dolosa; es decir, queriéndolo, que bien puede constituir un ilícito penal diferente, provocando un concurso.

En el primer caso, la consecuencia excesiva no le es imputada como directa al autor, porque no entró en su voluntad de concreción, sino que la produjo al violar un deber general de cuidado, que puede ser exigible. Al segundo de los supuestos se lo llama *accidente* y sus efectos más graves son deliberados; o sea, se los quiere realizar.

FIENRO es claro: "No obstante, debe tenerse presente que no es éste el caso en que el ejecutor agrava la materialidad del acto y por ello incurre en exceso, toda vez que en la hipótesis preindicada, la agravación que se contempla es una agravación querida, dolosamente propuesta y no así en los delitos preterintencionales". (1399)

La nueva situación en la que incurre el partícipe, obedece a reglas que son diferentes a las que califican a los actos para intervenir en el delito preterintencional y serán analizadas a su debido tiempo. Sólo se hace el comentario aquí, para que no se preste a confusiones y quiera resolverse de igual manera, provocando injusticias.

(c) LA INTERVENCIÓN Y LAS ACCIONES Y LAS OMISSIONES.

Las maneras de intervenir en el delito que es realizado mediante actividades, no suscita mayores inconvenientes, sea cual fuere el grado en que se partícipe. Un sujeto puede cooperar de cualquier forma para que otro individuo realice acciones que estén en posibilidades de integrar todos los elementos de un ilícito penal.

Es intervector en un delito de esta naturaleza, aquel que, por ejemplo, presta una pistola a otro, para que con un disparo produzca la muerte de alguna persona; el que cuida que nadie se acerque a la escena de una violación; quien abre una caja fuerte, para que su amigo se apodere de los caudales que contiene, etcétera.

Resulta válido el hecho de afianzar que los actos de intervención en cualquier grado pueden ser activos, sin que el asunto se preste para algún tipo de discusión. En los ejemplos anteriores, esto puede verse nítidamente, puesto que son acciones: Prestar la pistola, vigilar el lugar de los hechos y abrir una caja fuerte. No hay problemas.

El asunto fundamental en este inciso es el de observar si los aportes al delito pueden ser activos, sin que el asunto se preste para algún tipo de discusión. En los ejemplos anteriores, esto puede verse nítidamente, puesto que son acciones: Prestar la pistola, vigilar el lugar de los hechos y abrir una caja fuerte. No hay problemas.

Las hipótesis que pueden presentarse son las siguientes: 1. Participar con una acción en el delito omisivo. 2. Participar con una omisión en el delito omisivo. 3. Participar con una omisión en el delito activo. 4. Participar con una acción en el delito de comisión por omisión. 5. Participar con una acción en el delito de comisión por omisión.

En la doctrina suele distinguirse entre la complicidad mediante actos omisivos y la participación negativa, reticencia o connivencia, asentándose que esta última es una obligación general de acusar o denunciar todo conocimiento que una persona tenga acerca de la comisión de un hecho que puede ser constitutivo de delito.

Se dice que la participación negativa está basada en la supuesta defensa de los intereses superiores del Estado y que no debe generar responsabilidad por la intervención en el delito, en virtud de que una persona, por cualquier causa, elude el cumplimiento de ese deber y hacer que responda, puede llevarnos a estragos muy peligrosos.

CARRARA manifestó que es absurdo presumir que quien omite convertirse en delator de un designio o de un hecho delictivo ajeno, a contrario sensu, quiere que el delito se consuma, cuando tal decisión puede estar motivada por múltiples razones que, bajo ningún concepto, pueden ser catalogadas como delictuosas. (1400)

La participación o intervención en el delito mediante actos omisivos, presupone que el sujeto que tiene la obligación personal de impedir o denunciar un hecho, ofrece, acuerda, promete o decide no cumplir con ella, en ocasiones, mediante un concierto previo, que lo diferencia del delito de encubrimiento, en el cual el ofrecimiento es posterior.

Cómo ya sabemos, cuando se trata la acción esperada y exigida por la ley, puede haber lugar para un delito de omisión (si el resultado nada más es jurídico) o de comisión por omisión (cuando hay efectos jurídicos y materiales); estos son los supuestos que tenemos que analizar en la participación mediante actos omisivos.

FIENRO dice: "La primera de dichas figuras estriba en un [no hacer doloso], cuando ese actuar es jurídicamente debido". (1401) A este respecto, puedo asentar que no existen controversias; a lo más, nos preguntaremos si todos los participantes en el delito necesitan tener a su cargo el deber y contestar que depende de la calidad de su aporte.

Solamente en el autor material y en los coautores, tenemos que verificar la existencia de esa obligación legal; los demás interventores no requieren una calidad típica específica, puesto que bien pueden participar y hacerse responsables por ello, sin que ese deber les sea exigible, de acuerdo al marco jurídico.

(1400) CARRARA. Citado por FIENRO. Teoría de la Participación Criminal, pp. 44/5. Nota de pie de página (38). Ediar. Buenos Aires, 1964.
(1401) FIENRO. Op. cit., p. 42.

FIERRO completa: "Asimismo, podemos decir que los falsos delitos de omisión, o según la terminología francesa, los delitos de [omisión por omisión], consisten en sustituir la actividad positiva de un sujeto por la eficacia causal de fuerzas exteriores que, en la emergencia, el sujeto conoce y cree controlar, encaminando dicha actividad a la consecución de un resultado ilícito que el sujeto puede y debe impedir". (1402)

La conclusión a la cual debe llegarse mediante una sana lógica, es semejante a la del supuesto anterior, solamente los autores materiales y los coautores deben tener a su cargo la obligación legal de cumplir con un determinado deber; los demás perfectamente pueden participar en el delito, sin que se les exija una calidad especial.

Puedo dar ejemplos: Para intervenir con una acción en el delito de omisión simple, B conduce el vehículo que aleja a C del lugar donde se encuentra la persona a la que atropelló culposamente. B se convierte en cómplice de C, aunque no tenga la obligación legal de auxiliar al atropellado, que sólo le compete a C.

Cabe aclarar que en este supuesto no hay intervención en el delito culposo, que tanto he negado, sino en el segundo acto ilícito penal, que es de omisión simple, en el cual C decide dolosamente, vale decirlo, abandonar al herido y B lo ayuda en forma consciente y deliberada, para producir un resultado jurídico considerado como delito de omisión.

Para la intervención en el delito espurio, tenemos que X decide dejar de administrarle sus medicamentos a Y, un enfermo que está bajo su cuidado, con el fin de propiciar su muerte y Z lo ayuda, tirando las medicinas a la basura. Aquí puede afirmarse la responsabilidad de Z, aunque no tenga a su cargo la posición legal de garantía específica.

Cuando se interviene mediante actos de aporte omisivos, FIERRO cita el deber de hacer la denuncia de los delitos de cuya realización se tenga conocimiento; obligación impuesta a quienes, en virtud de otras normas legales --por razón de sus profesiones o empleos-- estén constreñidos a ir a donde la autoridad, para presentársela. (1403)

Otra de las situaciones que el mismo autor plantea, es la siguiente: Se comete un delito y A, quien legalmente debe denunciarlo, se propone encubrirlo, previo acuerdo deliberado con B y C, para que falseen ciertos hechos, a fin de conchonestar la conducta del encubridor. A ésta realizando una omisión y B y C, son sus cómplices.

JIMÉNEZ DE ASUA está abierto a la aceptación de que se participe en los delitos omisivos, exigiendo como uno de sus requisitos la "exterioridad real", que se manifiesta y existe tanto en las omisiones simples, como en la omisión omisiva y pide que se cumpla con los demás principios de la teoría general. (1404)

(d) LA INTERVENCIÓN Y LOS DELITOS ESPECIALES.

La última de las situaciones problemáticas que trae aparejada la responsabilidad por la intervención en el delito está aparejada a los ilícitos que han sido clasificados como especiales o de propia mano, en los cuales solamente puede ser autor, aquella persona que reúna la calidad o cualidad que le señala el delito-tipo.

Ya mencioné que el tipo de cada uno de los delitos enumera una serie de requisitos que, en ocasiones, están referidos al sujeto activo; es decir, al autor material, principal o inmediato de la conducta, del verbo rector de la figura, en cuanto al número o a su calidad, presentándose la calificación de uni o plurisubjetivo y común o especial.

(1402) FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 42. Ediar. Buenos Aires, 1964

(1403) FIERRO. Op. cit., pp. 45/6.

(1404) JIMÉNEZ DE ASUA. Los Delitos de Omisión, p. 353. Revista de Derecho Penal. Año V. Número 40. 4º trimestre de 1949. Ediar. Buenos Aires, 1950. FIERRO. Op. cit., p. 47.

Son delitos especiales, a los que no hay que confundir con los delitos que se describen en las normas que no son propiamente penales, aquellos que mencionan una calidad determinada, sin la cual no puede ser sujeto activo cualquier persona. Así se habla de la calidad de pariente en el parricidio, por ejemplo.

El hecho de que el tipo solicite una calidad, aparentemente significa un problema, porque tendríamos que condenar como interventor del delito a una persona que no cubre el requisito típico esencial. ¿Cómo debe resolverse esta situación? ¿Es necesario que el partícipe cubra todos los elementos del delito-tipo?

PIERRO expresa: "Si bien es cierto que la omisión de denunciar delitos es imputable cuando no se tiene la obligación legal de hacerlo, no cabe deducir de ello que también es imputable la inducción o la cooperación a la comisión del delito omisivo --por ejemplo-- por parte de [otro], que si está obligado a denunciar aquellos delitos que lleguen a su conocimiento". (1405)

Afirmar la responsabilidad por la intervención en el delito --o la participación--, aunque los partícipes no reúnan las cualidades típicas señaladas: **OMIZ, SOLER, MIZZER, SAUER** y **PIERRO**. (1406) Con una salvedad, puesto que los coautores, si que necesitan llenar ese requisito, para poder ser considerados como tales.

La cuestión es obvia, cuando se trata de un interventor --que no sea autor o coautor--, no es necesario que se cubran los requerimientos del tipo, ni siquiera el verbo actor, porque la responsabilidad por su intervención gira en torno a un marco de referencia, sin que sea necesario que encuadre en él.

En cambio, los principios doctrinales nos informan que para poder ser autor --y coautor, porque éste no es más que otro autor--, es imprescindible que se cumplan todas y cada una de las peticiones del modelo típico, porque en ausencia de cualesquiera de ellas, tendremos que declarar la inexistencia del delito-tipo, por atipicidad.

(199) LOS PRINCIPIOS DE LA TEORÍA DE LA INTERVENCIÓN EN EL DELITO

Se tiene la idea generalizada de que, conceptualmente, todas las previsiones doctrinarias y legislativas forman un conjunto sistemático y van conformando teorías especializadas en ciertas áreas, cuyos principios son aplicables a una determinada materia. De allí surge, por ejemplo, la teoría general de la intervención en el delito.

Cada una de esas doctrinas que está referida a cierta institución jurídica, está regida por ciertos principios que le son comunes y que van a regir a todas las modalidades que pueda asumir. Es por ello, que se les llama principios rectores generales y hacen surgir una teoría igualmente general de la materia que encubren.

Luego entonces, la teoría general de la intervención en el delito puede sistematizarse, colocando a ciertos principios en un primer plano y es posible afirmar que, de ser ciertos, deberá ser posible enfocarlo a todos los grados de autoría y participación, porque si no, no podrían ser concebidos como postulados genéricos.

En la doctrina tradicional del llamado "derecho penal", son pocos los autores que se han dedicado a tratar en forma extensa esta temática y menos, los que han logrado un estudio dogmático de la "autoría y participación" y por ello, se encuentran pocas referencias al tema y nuestro campo de citas se reduce.

SOLER, *verbi gratia*, los ha tratado en forma más extensa, aunque ubica los principios comunes a la participación, después de haber hecho el análisis de la autoría y de la coautoría y antes de que entre al estudio de la instigación y de la complicidad. Esa es la sistemática que adopta en su *Derecho Penal Argentino*. (1407)

(1405) **PIERRO**, *Teoría de la Participación Criminal*, p. 53. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1406) *Cfr. PIERRO*, *Op. cit.*, p. 53.

(1407) **SOLER**, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, pp. 265 y ss. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951.

FIERRO elabora su desglose a continuación del tratamiento particularizado de cada una de las formas participativas (propias e impropias), porque considera que esta es la ubicación correcta para culminar su brillante estudio dogmático de la autoría y la participación y nos hablo de cada uno de ellos en detalle. (1408)

Se ha estimado que los principios de la teoría general de la participación criminal (intervención en el delito, diría yo), no solamente son comunes, sino que también son los rectores de todas las formas que puede adoptar, aunque solamente se restringen a lo que propiamente se llama "la participación" en la teoría tradicional.

FIERRO concluye: "En efecto, mediante el certero manejo de ellos y su correcta aplicación, estaremos plenamente garantidos contra el error y habremos alcanzado el objetivo para solventar cualquier duda o dificultad que se nos presente en el ámbito de la participación". (1409) Por supuesto, diferencia entre la autoría y la participación.

De algo sí debemos estar plenamente convencidos: Es muy necesario que hagamos el análisis de cada uno de estos principios rectores generales de la teoría de la intervención en el delito, para poder comprobar su eficacia y si no logramos ese objetivo, debemos modificarlos, para que realmente cumplan con el objetivo que se les tiene asignado.

En mi concepto, los principios rectores generales de la teoría de la intervención en el delito deben ser analizados después de sus rubros genéricos y de su situación problemática y antes de que se entre a ver en detalle cada una de las formas que puede asumir, bien sea en calidad de autoría o de participación.

Recuérdese que le llamo "intervención en el delito" a todas las formas que los tratadistas de tradición engloban en el título "autoría y participación"; por lo tanto, mi índice general viene a ser uno solo y la temática de sus principios estará inmediatamente antes del análisis de cada una de las maneras de intervenir.

Esbozaré, en primer lugar, todos y cada uno de estos principios, citando, hasta donde se pueda, a los doctrinarios tradicionales y posteriormente, daré mi opinión en un solo inciso, para que pueda saberse cuáles de esos postulados son los que acepto, cuáles rechazo y cuáles son las razones que me llevan a tomar esa determinación.

(a) EL PRINCIPIO DE LA IDENTIDAD DEL TIPO.

Cierto sector de la doctrina tradicionalista sostiene que para la existencia de cualesquiera de las formas de participación en el delito, se requiere que entren en juego las conductas de dos o más sujetos y con ellas se coopere a la producción de un resultado delictuoso que forme un todo jurídicamente unitario. (1410)

Propugnan la identidad del tipo VON BELING y JIMÉNEZ DE ASUA. (1411) En cambio, NÚÑEZ estima que basta con la comunidad del hecho, aunque éste indefectiblemente no forme una unidad, por las relaciones, las circunstancias y las cualidades personales de los sujetos que intervinieron en la comisión de la conducta delictuosa. (1412)

FIERRO considera: "Este principio significa, entonces, que las distintas acciones típicas o no, porque como sabemos, aquellas que en sí mismas no son delictivas cobran tal significado con referencia al hecho al cual tienden. deben convergir a formar uno o más hechos ilícitos debidamente encuadrados en la ley represiva". (1413)

(1408) FIERRO. *Teoría de la Participación Criminal*, pp. 312 y ss. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1409) FIERRO. *Op. cit.*, p. 313.

(1410) BELING. Citado por FIERRO. *Op. cit.*, p. 313.

(1411) JIMÉNEZ DE ASUA. *La Ley y el Delito*, p. 503. Editorial Hemes. Buenos Aires, 1959.

(1412) NÚÑEZ. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II, pp. 272/7. Lerner Ediciones. Buenos Aires, 1978.

(1413) FIERRO. *Op. cit.*, p. 314.

Lo que dice este autor resulta parcialmente cierto, en el entendido que para que exista la participación delictiva, los resultados logrados deben estar tipificados como delitos; mas nada tiene que ver con el problema que se suscita con la identidad del tipo, que es una cuestión muy diferente en grado y en esencia.

Cuando se afirma el principio de la identidad del tipo, se quiere dar a entender —o cuando menos, es lo que entiendo—, que todos los participantes o interventores han de contribuir al logro de un mismo resultado delictivo. Esto es, al robo de Pedro, a la privación de la vida de Juan, a la violación de María, etcétera.

Aunque, si así ocurre, resulta certero lo expresado por NUREZ, en el entendido que una comunidad de hecho puede dejar de ser unitaria, desde el punto de vista jurídico y serio en la realidad fáctica; como en el caso en que A y B privan de la vida a C, que es pariente de A, conociendo sólo éste el parentesco y actuando, a pesar de ello.

En esta hipótesis, A será responsable en calidad de interventor material de un delito de parricidio por la muerte de C, y B sólo responderá de homicidio, según el grado de intervención que hubiese tenido, atendiendo a que las calidades personales de uno de los participantes no se comunican a los demás interventores en el delito cuando las desconocen.

Así, la comunidad del hecho prescinde de la identidad del tipo, como bien lo decía NUREZ; resultando de ello que para la participación deberá bastar con que los interventores realicen conductas que ayuden a producir un todo unitario, al menos en la realidad fáctica. El principio de la identidad del tipo no siempre se cumple en la participación.

(b) EL PRINCIPIO DE LA CONVERGENCIA OBJETIVA Y SUBJETIVA.

Este principio se encuentra ligado al de la comunidad del hecho. Se dice que el aporte que cada uno de los interventores haya brindado al delito, además de formar un todo unitario, debe encaminarse hacia la unidad jurídica y que esto debe convergir de manera objetiva (material) y subjetiva (espiritual).

FIERRO aclara con respecto a esta postura: "Ahora expresamos que los aportes realizados por los distintos participantes deben convergir no sólo a un todo jurídico, sino que deben hacerlo objetiva y subjetivamente". (1414) El resultado delictuoso debe formar una unidad, desde todos los puntos de vista.

La convergencia objetiva no denota mayor problema, puesto que ya dije que basta con que el hecho esté unificado en la realidad fáctica, sin que esto sea óbice para que dicha unidad también pueda ser jurídica. Lo objetivo se refiere a que los aportes converjan en un mismo hecho delictuoso.

En cambio, la convergencia subjetiva importa algunas dificultades a los autores tradicionalistas, las cuales hay que soslayar. Se estima que el término "comunidad" lleva implícita una manera necesaria de reciprocidad: El conocimiento mutuo de la concurrencia en común para llegar a efectuar el delito en el que se participa.

Es necesario entender que el término "subjetivo" debe ser aplicado únicamente en el plano del conocimiento, como la situación de que el participante quiera la realización del hecho común y sepa que está cooperando en su producción y no como un acuerdo previo para ejecutar un resultado delictuoso en común.

El conocimiento perfectamente puede ser unilateral y aun cuando los demás interventores en el delito no supieran que otro les está ayudando a realizarlo, la responsabilidad de todos los participantes subsiste y debe responder cada uno ante la ley penal, por el aporte que hubiese brindado a la comisión del ilícito.

PIERRO expone: "...basta con que se dé unilateralmente en el partícipe cuya responsabilidad estamos analizando, para que éste sea tal; pero lo que queremos significar es que él no será menos partícipe en el hecho de [otro], en el supuesto de que el otro ignore la ayuda que el partícipe le estaba brindando y que era objetivamente relevante". (1415)

El acuerdo previo que varios autores habían defendido para la existencia de la participación (otros hablaban de que fuese tácito o por lo menos, circunstancial), no es necesario y sí acarrea muchos problemas. El principio de la convergencia objetiva y subjetiva se explica con las aclaraciones que hemos hecho.

Se exige el vínculo subjetivo en la naturaleza de la participación y de no existir cada conducta debe ser juzgada en forma separada, no pudiéndose sostener que hay participación o intervención en el delito. Cuando esto ocurre, los autores alemanes lo resuelven con las bases de la autoría "secundaria".

La convergencia subjetiva está encaminada directamente hacia la producción del hecho común. La vinculación puede ser parcial; es decir, que debe existir cuando menos en la persona que realiza el aporte al delito, quien debe querer la cooperación, a sabiendas de que ayuda a que se cometa un ilícito penal.

NÚÑEZ sostiene en forma clara: "La esencia de la participación reside en que la intervención de las distintas personas en el mismo hecho se realiza en ayuda, sea recíproca entre sí, sea, unilateralmente, sólo de una parte a otra". (1416)

Continúa este mismo autor: "La ayuda supone en quienes la prestan una tendencia hacia el objetivo o hecho común, esto es, una convergencia de las particulares intenciones en un mismo objetivo, que puede tener su fuente en el acuerdo de los participantes, reflexivo o improviso, o en la respectiva intención de contribuir a un objetivo común". (1417)

(c) EL PRINCIPIO DE LA IRREDUCTIBILIDAD.

Todos los principios para resolver los problemas de la intervención en el delito se encuentran ligados entre sí. De la lógica conexión que nace del principio de la convergencia objetiva y subjetiva, con el de la identidad del tipo o comunidad del hecho, se deduce el postulado de la irreductibilidad.

La doctrina tradicionalista pugna por que cada una de las distintas formas de participación o intervención en el delito no se dejan atrapar, aprehender o encasillar en fórmulas más o menos limitadas o estrechas, lo cual constituye el sistema que ha sido empleado por una gran mayoría de las legislaciones en el mundo. (1418)

Las disposiciones jurídico-penales que sean utilizadas para enmarcar las distintas formas de participación o grados de intervención en el delito no deben ser estrechas sino, por el contrario, amplias, para permitir que en su seno se acojan las ilimitadas maneras en que los sujetos pueden cooperar en su producción.

PIERRO manifiesta que debe decirse: "Los que hubiesen determinado directamente a otro", "los cuales prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales (el hecho) no habría podido cometerse", "los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho" y "los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo", como expresa su legislación. (1419)

(1415) FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 315. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1416) NÚÑEZ. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, p. 277. Lerner Ediciones. Buenos Aires, 1978.

(1417) IDEM.

(1418) Cfr. FIERRO. Op. cit., pp. 320/2.

(1419) Cfr. FIERRO. Op. cit., p. 321.

La clasificación que se ha hecho en la doctrina tradicionalista del delito, con respecto a las formas de participación o intervención en el ilícito (concurso de personas, autoría y participación, etc.), menciona a: la coautoría, a la instigación, a la complicidad primaria y a la complicidad secundaria, básicamente.

(d) EL PRINCIPIO DE LA EXTERIORIDAD.

Para que el Derecho Penal tenga una base firme democrática y liberal, se requiere, nos dice FIERRO, que constituya sus sistemas de ilicitudes sobre el concepto de hechos o de exteriorizaciones que vulneran los bienes jurídicos valiosos y este principio debe ser aplicado a los hechos consumados mediante la participación de más de una persona. (1420)

Vamos a sostener que el principio de la exterioridad que es aplicable a la participación, precisa que se haya entrado a la fase externa del iter criminis; es decir, el *minus* es, en mi criterio, que se llegue por lo menos a la resolución manifestada, que el sujeto demuestre su pensamiento delictivo en el exterior.

Como la teoría de la intervención en el delito es aplicable al que se queda en grado de tentativa, el principio de la exterioridad requiere que como mínimo se llegue al inicio de la ejecución o inexecución, que gobierna los postulados del ilícito intentado, con las excepciones que marcan los tipos de resultado cortado. (1421)

Ahora bien, no es menester que los actos que lleve a cabo el interventor constituyan por sí mismos un delito, ya que su calificación depende, precisamente, que el hecho total revista ese carácter. El aporte al delito puede ser de actos no delictivos, que se convertirán en tales, en función del hecho al cual cooperan. (1422)

(e) EL PRINCIPIO DE LA COMUNICABILIDAD.

Para que a una persona se la considere como participe o interventor en un delito, se precisa que quiera y entienda su acto como la parte integradora de un hecho total; o sea, que su acción u omisión converja con otras conductas que pueden ser delictivas o no, para llegar a un resultado ilícito penal.

Es de suma trascendencia que las intenciones de los partícipes concurren hacia la comunidad del hecho en forma relativa, por lo menos, sin que se haga absolutamente necesario el acuerdo previo. No obstante, la concurrencia al delito no generará responsabilidad igual para todas las personas que hubiesen intervenido.

La verdad es que todas las formas de intervenir en el delito generan una responsabilidad que, jurídicamente, no hace diferencias, aunque importa, para individualizar o imponer las sanciones respectivas, determinar en qué grado participó cada sujeto, ya que algunos de ellos merecen un tratamiento más benigno.

FIERRO dispone: "No obstante, de esta coincidencia genérica de las voluntades y de la concurrencia de un todo jurídicamente unilateral, no cabe deducir concurrencia en absoluta igualdad de condiciones, pues pueden existir sensibles diferencias en las circunstancias personales que influyen sobre la punibilidad del hecho". (1423)

(1420) FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 322. Ediar. Buenos Aires, 1964. No debería decir "consumados", sino "ejecutados", para dar cabida a la participación en la tentativa.

(1421) Ya vimos que los tipos de resultado cortado consideran que el delito se consume en momentos anteriores a lo que debía ser la propia consumación que, inclusive, puede ser en la tentativa. FIERRO dice que en el artículo 299 del Código Penal Argentino se sanciona a los actos preparatorios. *IDEM*.

(1422) De ello se desprende en definitiva que, para poder aplicar los principios a que nos vamos referido con anterioridad, se debe considerar ese conjunto de aportes en su totalidad y verificar si esa [estructura] importa un principio de ejecución de un delito o si, por el contrario, es un simple acto preparatorio". FIERRO. *IBIDEM*, p. 323.

(1423) *IDEM*.

Para la individualización e imposición de las sanciones penales el juzgador debe considerar las siguientes circunstancias: Las del hecho que constituyen la figura típica, las personales que agravan o atenúan la penalidad y aquellas que determinan el cese de la pretensión punitiva estatal.

Esas circunstancias nos interesan en el principio de la comunicabilidad que gobierna a la teoría de la intervención en el delito, para determinar cuáles de ellas afectan a todos los partícipes en el hecho común. "El conjunto de esas reglas constituyen el principio de la comunicabilidad", concluye FIERRO. (1424)

Las circunstancias de hecho que están contenidas en la descripción típica, si pertenecen solamente a cuestiones fácticas y no hacen referencia a uno de los partícipes en forma particular son, en primera instancia, comunicables, aunque sean de naturaleza subjetiva y su aplicación abarca a todos los intervinientes.

Por cuanto hace a las circunstancias personales, se presenta una divergencia de opiniones, porque los justipenalistas tradicionales consideran que no son comunicables cuando excluyen o atenúan la pena y, en cambio, cuando la aumentan, deben comunicarse. De esto trataré en el inciso en el que doy mi opinión.

(f) EL PRINCIPIO DE LA ACCESORIEDAD.

La teoría de tradición determina que hay dos formas participativas que son auténticas: La instigación y la complicidad y que tienen como característica propia, que las diferencia de la coautoría, la de ser accesorias; es decir, que dependen del hecho principal, de la autoría material o inmediata. (1425)

El principio de la accesoriadad es sostenido tanto en la doctrina tradicional, como en las legislaciones. No se puede ser cómplice, dicen, sin la existencia previa de un autor que inicie la ejecución o consuma la figura principal y tampoco se puede ser autor mediato, si el instigado no ejecuta la conducta a la cual se lo determinó.

De esto resulta, que tenemos que analizar las características que debe reunir el hecho principal, para poder tratar al principio de la accesoriadad, ya que de él surgen las formas accesorias de que trata la doctrina tradicionalista. Las resoluciones dependen, de manera principal, del concepto que se tenga de la participación.

Es lógico concluir, que no pueden surtir los mismos efectos el hecho de considerar que para que haya participación, los sujetos deben concurrir a ejecutar un delito o bien, un hecho ilícito penal; dado que la primera noción implica que se haya comprobado la reunión de todos sus elementos y la segunda, no.

De lo expuesto en líneas anteriores, se derivan los complejos problemas de la accesoriadad extrema y de la accesoriadad limitada; esto surge de un esquema que formuló MAYER, (1426) quien le da a la accesoriadad cuatro grados diferentes, a saber: 1. Mínima. 2. Limitada. 3. Máxima. 4. Hiperaccesoriadad.

Para que podamos decir que la accesoriadad alcanza un grado mínimo, se afirma que lo único que se requiere es que el autor (principal, inmediato o material), haya concretado un tipo legal. Es decir, que solamente debe probarse y comprobarse la existencia de la tipicidad, segundo elemento del delito, con la obvia presencia de la conducta.

La accesoriadad limitada pide que se materialice una conducta típica y que el autor principal haya actuado en forma antijurídica. Si completamos ésta con la culpabilidad, tenemos pie para hablar de la accesoriadad máxima, que debe contar con la presencia del dolo, del dolo reprochable o de la reprochabilidad (según la tendencia).

(1424) FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 324. Ediar. Buenos Aires, 1964.
(1425) FIERRO. Op. cit., p. 324.
(1426) MAYER. Citado por FIERRO. Op. cit., p. 330.

En fin, tendremos la mayor expresión de la accesoriedad (hiper-accesoriedad), cuando además de existir la conducta típica, antijurídica y culpable, las condiciones personales del autor principal del delito que atentan o agravan las sanciones, se transmiten a todos los partícipes (si todas las circunstancias se vuelven comunicables).

WELZEL, al mencionar a la accesoriedad, lo hace en los siguientes términos: "La calidad criminal del hecho principal es necesario y suficiente que sea doloso y antijurídico, sin que proceda ser culpable" (1427) y recoge un sistema limitado. Recuérdese que él tiene una concepción finalista de la culpabilidad. (1428)

La accesoriedad limitada tiene un carácter netamente objetivo, exige un hecho principal ilícito, atiende a los aspectos materiales de la conducta y no a su culpabilidad (dolo o culpa). De aquí surge la afirmación que hacen TREBUIJEN y CARRARA de: "la complicidad es real y no personal". (1429)

Las circunstancias que disminuyen o excluyen la culpabilidad del autor (subjetivos) no afectan el carácter ilícito o antijurídico de un hecho en el cual se participó y ésta sigue siendo la fuente de la responsabilidad y punición de los intervinientes, a quienes no les beneficia el efecto de estas causales.

Los principios de la participación se sintetizan, al decir que es necesaria la comunidad del hecho, que las conductas de los partícipes converjan objetiva y subjetivamente, que las fórmulas legales deben ser irreductibles, que se precisa por lo menos, de un comienzo de ejecución y que las circunstancias personales no se comunican.

SOLER edifica las siguientes máximas de los principios de la participación y algunos autores las llaman: "La personalidad de la culpabilidad":

1º La participación es accesoria de un hecho principal; pero nadie es culpable por la culpa de otro en el hecho, sino por la propia. Consecuencia: La participación comunicable es la objetiva y subjetivamente perfecta: Objetiva, en el sentido, a lo menos, de cooperación. Subjetiva, a lo menos, en el sentido de asentimiento (conocimiento).

2º La participación es accesoria, aunque de un hecho, no de la culpabilidad del otro. Consecuencia: A nadie aprovecha la inculpabilidad, sino a quien jurídicamente le corresponde. Así como nadie carga con la culpa ajena, nadie se beneficia de la inocencia ajena: Cada cual paga su culpa. (1430)

Éstos lo que considero que son verdaderos principios de la participación en las líneas subsiguientes, (al menos en mi opinión) y me bastará tan sólo hacer el análisis de la posición que adopta la Escuela Ecológica, en atención a la sistemática que FIERRO adopta en su obra. (1431)

(g) LA POSICIÓN DE LA ESCUELA ECOLÓGICA.

Lo que con tanto ahínco defiende la teoría tradicional acerca de la participación en un delito, es contradicho por la Escuela Ecológica, que parte de premisas diametralmente opuestas. La primera de las críticas se refiere a que el concepto del ente jurídico-penal sea atomizado, destruyendo la unidad conceptual y real del objeto de nuestro estudio.

(1427) WELZEL. Derecho Penal. Parte General, p. 119. Roque Depalma Editor. Buenos Aires, 1956. FIERRO no se explica cómo se puede actuar dolosamente, sin que haya culpabilidad. Parece que olvidó que WELZEL concibe una culpabilidad que prescinde del dolo y de la culpa (reprochabilidad pura). Cfr. Teoría de la Participación Criminal, p. 213. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1428) La concepción finalista de la culpabilidad de WELZEL se reduce a la reprochabilidad y resulta un concepto normativo-finalista.

(1429) TREBUIJEN y CARRARA. Citados por FIERRO. Op. cit., p. 331.

(1430) SOLER. Citado por FIERRO. Op. cit., pp. 327/3.

(1431) FIERRO. Op. cit. Capítulo VII. Principios Comunes a la "Teoría de la Participación", pp. 312/43.

Los ególogos van a analizar la estructura, algo que no es la adición de los elementos que lo componen, porque esos componentes dependen del todo y no el todo de sus partes. Esta posición también es llamada "teoría estructuralista". FIERRO se defiende, al decirnos que es un eclecticismo "integral". (1432)

El estructuralismo dice que la participación es una pluralidad de conductas unificadas en un mismo sentido jurídico. Hay una mala posición, desde el punto de vista ontológico, de separar al delito de la conducta, que es lo que hace la tendencia dominante. Es decir, que el delito es un objeto "egológico".

Como vamos a tratar con un ente de esta naturaleza, debemos distinguirlo de la vida humana "objetivamente cosificada". El delito forma parte de la "vida viviente". FERRERÍA y FORTUILLA RIQUELME dicen que es el efecto de la acción cumplida por todos. FERRI opina que es la resultante de dicha acción. CARRARA, FLORIAN y SOLER están que es un producto de ella. (1433)

Los estructuralistas niegan que la causalidad sea apta para sostener la existencia del hecho común producido por los actos de los interventores, porque dicen que es propia para explicar solamente a la naturaleza y no a la cultura y existe solamente una pluralidad de haceres que pueden tener una nota unitaria.

El sentido de la participación o intervención en el delito se lo dan los jueces, de acuerdo a la comprensión que tengan de las conductas de los delinquentes que concurren a ejecutar un hecho. Cada una de esas conductas forma otra estructura y todas están unificadas en el sentido jurídico que se les da en la sentencia.

LANDABURU utiliza estas frases para definir a la participación: "...es una estructura constituida por una pluralidad de conductas delictivas unificadas en un mismo sentido jurídico que les es puesto por el juez al sentenciar". (1434) Niega la existencia de un hecho común a todos los partícipes y la validez de la causalidad.

En fin, dice que las diversas conductas de los partícipes son independientes y que le dan a la intervención en el delito una nota pluralista. Que esos comportamientos no pueden ser idénticos subjetiva ni objetivamente y que solamente el juzgador les dará una significación unitaria, en el momento en que se propone a hacer su análisis. (1435)

(h) MI OPINION

Al iniciar con lo que parecer destinado al primer sitio, sostengo que, efectivamente, la teoría de la participación debe regirse por principios comunes, que gobiernen a todos y cada uno de los grados de intervención en el delito y que éstos deben ser sistematizados en forma correcta, en concierto con la estructura propuesta.

El lugar en que considero que deben ubicarse dentro de la teoría general de la Ciencia Jurídico-Penal, es inmediatamente después de haber analizado cada uno de los elementos del delito y las hipótesis de sus aspectos negativos, como un apartado especial, e inmediatamente antes de la teoría de las sanciones penales.

Dentro de la teoría genérica de la responsabilidad por la intervención en el delito, lo primero que se valora son los grados de participación y allí es donde deberán estudiarse los principios generales, que nos sirven para resolver la problemática situación que se suscita, antes de corroborar en qué grado se intervino.

(1432) Dice que contiene una serie de elementos que parecen ser integrados sin un premeditado criterio y que resultan contradictorios entre sí. FIERRO, "Teoría de la Participación Criminal", p. 334. Ediar. Buenos Aires, 1964. Se afilia a la teoría criticada: Kelsen, Husserl, Heidegger y Fritz Sander.

(1433) Cfr. Landaburu. Sobre el Delito y la Participación Criminal. Revista Jurídica La Ley. Sección Doctrina. Tomo 42. Abril-junio de 1946, pp. 481 y ss. La Ley Sociedad Anónima Editora e Impresora. Buenos Aires, 1946.

(1434) Landaburu. Op. cit. p. 492.

(1435) Ídem.

Es seguro que, como apenas inicio una nueva estructura para la Ciencia Juridico-Penal, mi tesis adolezca de algunos vicios, aunque espero superarlos con el tiempo, para minimizar sus errores, ya cuando con más detenimiento meite en forma especial cada uno de sus apartados. Por lo pronto, trataré lo referente a esos principios que valen.

Como ya dije, el principio de la identidad del tipo no me parece acertado, porque el que se requiere en la participación o intervención en el delito, es de un hecho común, que no indefectiblemente tiene que formar un todo jurídico y basta, por lo tanto, que en la realidad fáctica sí que pueda conformarlo.

Esta afirmación está de acuerdo con el pensamiento de NÚÑEZ, quien dice: "El hecho común debe ser intrínsecamente unitario desde el punto de vista jurídico, en el sentido de que las diversas conductas deban siempre convergir en una misma figura delictiva". (1436) Lo que sí es base imprescindible de la intervención en el delito, es el hecho común.

La representabilidad por la intervención en el delito es individual; puede suceder que los demás interventores queden ligados a una calificación del título delictivo diferente a la del autor principal o a la de uno de los partícipes. "En la participación criminal, el título delictivo es divisible entre los varios partícipes". (1437)

Como cada uno de los interventores en el hecho común va a responder en forma individual, válidamente puede hacerse responsable a uno de un título delictivo diferente al de los demás, que siempre tendrán que estar relacionados con el hecho común, que no pueda ser apartado en la realidad fáctica (vgr. la muerte de un hombre, homicidio y parricidio).

Cada interventor en el delito tiene que realizar una conducta individual, que represente una cooperación para el mismo hecho delictivo. Puede suceder que dos individuos realicen un comportamiento delictuoso en el mismo lugar y al mismo tiempo, pero por carecer de hecho común, aquí no cabría decir que haya participación.

Desde el punto de vista de la materialidad (realidad del hechos), se exige un resultado unitario, que esté en posibilidades de integrar uno o más delitos. En decir, un conjunto de cooperaciones o aportes, que concurren a la producción de un resultado delictuoso y si no es así, no hay cabida para un problema de la intervención en el delito.

Sin embargo, como sostuvieron los clásicos, la participación en el delito no requiere de un concurso de acciones u omisiones, propiamente dichas (aportes físicos). La cooperación al resultado que está en posibilidades de constituir un ilícito penal puede ser con aportes físicos o puramente morales, que se le comunican al que va a realizar materialmente el hecho.

Las formas de intervenir en el delito son autónomas o independientes, aunque nunca debe estar desvinculadas de la figura principal. NÚÑEZ menciona que puede ser con comisiones u omisiones, aportes físicos o morales, directos o indirectos, mediatos o inmediatos, principales o secundarios, anteriores, concomitantes o ulteriores. (1438)

Ya dije que es innecesario que cada uno de los actos de intervención formen parte de un delito, sino que lo integrarán, cuando la totalidad de las conductas contribuyan a un resultado delictuoso, al referirlas al hecho común. No podemos hablar de participación, si el hecho común no intenta o consuma un delito.

Bien puede hablarse de una participación en la tentativa, mas no de una tentativa de participación, porque si no se ha dado la contribución efectiva al delito, los actos que se aportan no están vinculados a un ilícito penal. Debe tratarse de un hecho punible, aunque no lo sea en forma efectiva su autor material.

(1436) NÚÑEZ. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 273. Lerner Ediciones. Buenos Aires, 1978.

(1437) NÚÑEZ. Op. cit., p. 274.

(1438) Cfr. NÚÑEZ. Op. cit., p. 274.

El interventor principal puede quedar exento de la pena, por una circunstancia personal no comunicable a los demás partícipes, aunque no por ello, los demás se libran de la responsabilidad por su intervención en el delito, porque el ente jurídico-penal sigue teniendo positiva existencia en el mundo de la juridicidad.

La responsabilidad por la intervención en el ilícito penal precisa de un hecho en común que esté en posibilidades de constituir un delito y no gira en torno a su punibilidad. La participación es real y personal, precisa de un acto ilícito, para poder reclamar la responsabilidad de todos los que intervinieron en él.

Los grados de intervención en el delito son accesorios, aunque lo son del hecho principal y no de la punibilidad del mismo. No dependen de la punición de un autor penalmente responsable. Así, lo accesorio no sigue la suerte de lo principal, cada autor está ligado a su propia responsabilidad y penalidad, por ser interventor.

No vamos a dejar impunes a quienes hemos probado y comprobado que intervinieron en el delito, solamente porque no conocemos al autor principal, porque está ausente, porque se haya extinguido la pretensión punitiva en su favor, porque sea irresponsable o porque lo favorezca alguna de las hipótesis del aspecto negativo del delito.

En razón de cada uno de los interventores de la conducta delictiva, habrá de ser valorada, fundamentada y motivada la existencia del ente jurídico-penal, no como hechos aislados, sino como un todo que se ve desde diferentes aspectos, porque así nos lo mandan los preceptos constitucionales que rigen los actos de autoridad penal.

El caso particular que nos ocupe para su valoración, debe estar fundamentado en las normas legales correspondientes y motivado con los razonamientos lógico-jurídicos necesarios, en la comprobación de la existencia del delito y de la responsabilidad penal o social de cada una de las personas que hayan intervenido en su comisión.

Así, el principio de la identidad del tipo no es tal, basta con afirmar la necesidad que aparezca un hecho común o la comunidad del hecho, para que empecemos a hacer el análisis de las formas de participación o los grados de intervención en el delito y finquemos la responsabilidad de cada una de las personas que hayan cooperado, auxiliado o ayudado.

Ahora bien, las convergencias objetiva y subjetiva, es el otro de los principios que defiende la teoría general de la participación. Sostengo que ciertamente es necesario que existan esas convergencias objetiva y subjetiva. Objetiva, cooperando al hecho común y subjetiva, sabiendo y queriendo la ayuda que se brinda.

Esta es la esencia de la intervención en el delito, que genera la responsabilidad y no el acuerdo previo, como lo había planteado cierto sector doctrinario. Para que una persona sea responsable por la intervención en el delito, se requiere: 1. Que quiera cooperar. 2. Que sepa que está cooperando. 3. Que efectivamente coopere.

MUNEZ dice: "Para que la responsabilidad criminal corresponda a dos personas en comunidad por un mismo hecho, basta con que esa comunidad se apoye en la voluntad de una de ellas de acceder a la delincuencia que ejecuta la otra, pues así ya se da la cooperación, el auxilio o la ayuda en que la participación reside". (1439)

La situación que el autor material no sepa que hay otra persona que está cooperando en la comisión de su delito, no es óbice para que esta adquiera responsabilidad por ejecutar en forma voluntaria actos de aporte para que el delito se lleve a cabo, o bien, puede existir ese concierto, aunque en el último instante.

Como ya dilo, la convergencia subjetiva bien puede existir nada más por parte de la persona que aporta su conducta hacia la producción de delito ajeno, quien debe saber, querer y cooperar efectivamente para que se lleve a cabo. Sin ese vínculo subjetivo, cuando menos por parte del interventor, no cabe el problema de la participación.

Toda hipótesis de la intervención supone que un sujeto ha realizado materialmente el delito y que otro u otros han cooperado en su producción. Basta con que los partícipes sepan y quieran ayudar a que se produzca el delito, para que sea analizada su responsabilidad y se les individualice e imponga una pena.

Las formas de intervenir en el delito distintas a la autoría material (que es la única totalmente independiente), precisan de la tendencia de los partícipes hacia la comisión del hecho, más no de su acuerdo previo, a no ser que se trate de la participación subsiguiente. Hasta la coautoría necesita de la comisión del hecho.

También es cierto que cada una de estas maneras de intervenir en el delito y de crear responsabilidad individual, cubren enteramente delimitadas en los códigos penales, de tal manera que no reducan su ámbito de aplicación. Vale decir que debe usarse la técnica de *numerus clausus* y no la de *numerus aperti*.

Cualquier acción que reúna las condiciones necesarias para producir el efecto delictivo, debe ser susceptible de entrar en juego en la participación en el delito. Por lo tanto, la norma legal que describe los grados de intervención debe permitir que esos comportamientos se subsuman en su marco legal.

Los grados de intervención en el delito tampoco deben depender para su prueba de una tipicidad exagerada. Los límites mínimo y máximo de ellos se encuentran en la comisión del hecho y en la convergencia objetiva y subjetiva y necesitan de la comprobación legal de la existencia del ilícito penal.

Esto no altera de manera alguna el principio *nullum crimen nulla poena sine lege scripta et stricta*, dado que éste solamente rige para las figuras típicas y las reglas de la participación se encuentran en fórmulas de la parte general de la legislación, que deben ser claras y precisas, para no alterar el orden jurídico.

Por cuanto hace al principio de la accesorioidad, sostengo que la única forma principal de intervenir en el delito, le es la autoría material o inmediata. Todas las demás, inclusive la del coautor o la del instigador, están subordinadas a ella y le son accesorias. Es muy cierto que no se puede intervenir, sin la conducta de un autor primordial.

El autor primario debe haber concretado en la realidad fáctica, una conducta que esté en posibilidades de constituir un delito (no indefectivamente típica) y a él puede ampararle alguno de los aspectos negativos del delito (inclusive, la atipicidad), y la única circunstancia que podría beneficiarles a él y a los interventores, lo es la ausencia de tipo.

Si el autor material es amparado por una hipótesis de ausencia del elemento subjetivo-material, es posible que con los interventores no ocurra igual. Igual sucede con las causas de atipicidad, diversas a la ausencia de tipo; con las normas justificativas, y con la culpabilidad.

No porque Juan haya privado de la vida a Pedro en legítima defensa, Luis y Julio, que hicieron desaparecer los indicios o que le infirieron una lesión, etcétera, dejan de haber intervenido en una conducta delictuosa. Lo único que podría ocurrir en beneficio de los terceros, es que la muerte y las lesiones no estuvieran tipificadas como delitos.

La intervención en el delito es real y las consecuencias que se generan de ella, son personales. Es decir, que para que una persona participe en el delito, el único aspecto subjetivo que solicitamos de ella es que lo haya hecho con intención directa (dolosa); todo lo demás depende de la objetividad del delito.

Los aspectos negativos del delito operan de manera personal en cada uno de los partícipes; pueden dar origen a otra calificación jurídica delictiva penal para el acto de aporte, más nunca, si el autor primario le beneficia alguno de ellos, los efectos alcanzan a las demás personas que intervinieron.

Es muy cierto lo que dice SOLER, que todas las formas de participación son accesorias del hecho principal y que cada quien responde por su propia culpa (conducta típica, antijurídica y culpable = delito). Para que exista la participación es preciso que se dé una cooperación, un auxilio o una ayuda asentida.

La participación es accesoria del hecho principal. Las culpabilidad (vale decir "responsabilidad") es de todos los que hayan intervenido efectivamente en el delito, queriendo y conociendo. La inculpabilidad (aspecto negativo del delito) sólo aprovecha a quien jurídicamente le corresponde. Cada quien es responsable de su propio comportamiento delictivo.

(200) LA RESPONSABILIDAD.

La doctrina de la responsabilidad forma parte de las teorías generales de la Ciencia Jurídico-Penal. La ubico inmediatamente después del delito, que cierra su valoración al momento de comprobar la existencia de la culpabilidad, diferenciándola de cualesquier de sus elementos y brindándole una postura de no subordinación a alguno de ellos.

La responsabilidad se analiza después que hemos cerrado el círculo del delito, con la culpabilidad, porque una vez que determinamos que cierto sujeto es culpable de su comisión, nos toca declarar que se lo habrá de responsabilizar por ello, bajo una de las formas de intervención y que responderá con una sanción.

Es correcto afirmar que la responsabilidad debe quedar probada y comprobada en la secuela del procedimiento porque, como ya dije, es uno de los requisitos que nos indica la CPEUM que debe ocurrir el auto de formal prisión y viene a ser uno de los fundamentos de la sentencia condenatoria. En ausencia de la responsabilidad no debe procederse siquiera a la consignación.

El vocablo responsabilidad proviene de responder, al cual podemos interpretar así: Que una determinada persona es llamada a cuentas por la justicia penal, para que responda por haber intervenido en la comisión de un delito; de esta manera, una vez que ha sido probada o comprobada su responsabilidad, se le hará sufrir una sanción.

En muchas ocasiones los justipenalistas tradicionales suelen confundir a la responsabilidad con la imputabilidad (en todo caso, sería imputación). Este hecho acarrea ciertas dificultades, puesto que a la imputabilidad se la tiene como un concepto determinado, muy diferente a lo que significa la responsabilidad.

Considero que la imputabilidad (prefiero llamarla "capacidad"), es una cualidad personalísima del sujeto, que debe existir antes, durante y después de la comisión del delito; en cambio, la responsabilidad, aunque también es personal, se configura con posterioridad a la conducta delictiva, con reglas de jurisdicción.

GONZALEZ ROURA se explica claramente: "La substitución, sin embargo, no se justifica, puesto que el concepto de responsabilidad es simple cuantitativo y consecuente, en tanto que el de imputabilidad es complejo, cualitativo y precedente" (1440) La imputación es anterior a la responsabilidad y consecuente a la culpabilidad.

Ya lo había dicho: Al culpar, estamos imputándole a una persona la comisión de una conducta delictiva; al responsabilizar, estaremos demostrando que ese hecho proviene de su intervención y con ello, tendremos bases para someterla a sufrir la individualización, imposición y ejecución de las sanciones que nos marca el delito-tipo.

El autor mencionado concreta: "En realidad entre imputabilidad y responsabilidad existe una relación de causa a efecto, dado que esta supone como antecedente la imputabilidad física (vinculo físico), la imputabilidad moral (culpabilidad), apartes de que la responsabilidad es siempre mensurable, en tanto que es la imputabilidad moral la única que reviste tal carácter, por cuanto a la material (acción) y la legal (ilicitud) tan sólo afirman o se niegan, no siendo, uno ni son, susceptibles de aumento o disminución". (1441)

Así concluye lo siguiente: "De tal manera que lo que es regla en la responsabilidad es excepción en la imputabilidad y si acá ésta es mensurable, es porque la imputabilidad moral, que constituye su fundamento, también lo es". (1442)

Las escuelas Clásica e Intermedia tratan de una imputabilidad (imputación) y una responsabilidad moral, que son complementadas con la material y la legal; es decir, que no basta con haber intervenido en el delito en cualquier de sus grados, sino que, además, tienen que probarse los vínculos psíquico y jurídico.

En la doctrina clásica habíase distinguido entre responsables y no responsables y, a pesar de ello, en ambos casos era (es aún) aplicada una consecuencia penal: La pena, para los responsables y la medida de seguridad para los no responsables, teniendo en consideración distintos fundamentos en cada caso.

GONZALEZ RIVERA expresa: "Cuando a pesar de tratarse de un hecho prohibido, la ley responsabiliza a unos y a otros no, es porque respecto de los primeros concurren motivos que no concurren respecto de los segundos, lo que claramente indica que esos motivos son distintos de los derivados de la imputabilidad material y legal". (1443)

Los motivos a los que hace referencia este autor, están relacionados con la imputabilidad moral y fundamentan la acción preventiva de la pena que, para los clásicos, están del lado de la voluntad y para los positivistas e intermedios, en la actividad conveniente o perjudicial para los intereses del núcleo social.

Al delincente moralmente responsable debería aplicársele una pena y al irresponsable, una medida de seguridad. Contradictoriamente, un sujeto irresponsable debía responder por la comisión de un "no delito" y éste se debía al índice de peligrosidad y a la necesidad de salvaguardar la seguridad del núcleo social.

El fundamento de la responsabilidad es el pilar que nos auxilia en la determinación del sujeto pasivo de las sanciones penales y las ideas tradicionalistas lo han encontrado en la gastada polémica que se suscitó entre los librealistas y los deterministas, a los cuales se suman diferentes posturas intermedias.

Las ideas de las dos primeras escuelas son diametralmente opuestas y las de las terceras, tratan de conciliar las posiciones, adoptando un lugar intermedio. Por un lado se habla de un hombre con facultades para obrar, prescindiendo de la influencia de los motivos y por el otro, de un sujeto que para su actuación depende de esos motivos.

De la tesis que aceptemos se derivarán diferentes consecuencias, por eso es muy necesario que conozcamos su desenvolvimiento en la dogmática, para llegar a reconocerlas y afiliarnos a la que nos resuelva mayores problemas. Recordamos que es preciso que, para imponer una sanción penal, sea cual fuere su naturaleza, necesitamos de la declaración de la responsabilidad.

Como cualesquier de los temas de la Ciencia Jurídico-Penal, la responsabilidad tiene una historia aparejada a la evolución humana. En todos los tiempos, los individuos se han preocupado por verificar la relación que tienen los hechos con un sujeto determinado, para hacerlo responder por ellos.

(1441) GONZALEZ RIVERA. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, p. 220. Abeledo Editor. Buenos Aires, 1922.

(1442) *IDEM*.

(1443) *IBIDEM*, pp. 230.

Declarar que una persona es responsable equivale a manifestar, en primer término, que el hecho realizado proviene de él, que es suyo; es decir, que lo acontecido le será imputado, porque de cualquier forma intervino o puede ligárselo a ello, aunque materialmente no lo haya ejecutado.

Para el área de la responsabilidad humana en general, las faltas, han de ser relacionadas con la culpa, para que podamos proceder a establecerles un castigo. Estos son los tres conceptos que dominan en las conductas que son consideradas como antisociales y sus definiciones han variado a través de los siglos.

En la Ciencia Jurídico-Penal deben predominar los nombres de delito (y en él queda incluida la culpabilidad), responsabilidad y sanción, que van a cambiar de acuerdo con el pensamiento del doctrinario que nos hable de ellas. En la teoría que conforma al **sincretismo penal**, que es mi tesis, adquieren relevancia las que mencioné.

En sus inicios, la responsabilidad no conoció más forma que la mera causalidad material y por ella respondían por igual los hombres, las mujeres y los niños, los sanos y los enfermos, los animales y las cosas; más bien por cuestiones de superscherías y expiación, que por principios lógicos de técnica jurídico-científica.

NÚÑEZ menciona: "La [responsabilidad por el resultado] prescinde, a los fines de la responsabilidad, de la conciencia y de la voluntad del autor. La teoría distingue entre autor y culpable; el autor se liga a las consecuencias de su infracción por su sola condición de tal y no por su culpabilidad". (1444)

Durante mucho tiempo la responsabilidad objetiva predominó en los diversos sistemas jurídicos; aunque se hubieren dado diferentes excepciones al principio, como la minoridad, la embriaguez, la enfermedad, etcétera; es hasta el siglo XIX que se introduce la regla de la "responsabilidad por la culpabilidad". (1445)

Los principios del Derecho Canónico marcan una influencia importante en el paso de la responsabilidad objetiva a la subjetiva; ellos sí nos brindan una teoría de la culpabilidad y distinguen, además, entre el dolo y la culpa, la imputabilidad y la inimputabilidad, en consecuencia, declaran inimputables a los locos y a los niños. (1446)

En la mayoría de los sistemas del mundo ingresa el principio de "la responsabilidad por la culpabilidad"; aun en las excepciones de la "responsabilidad por el resultado", la *versari in re illicita*, los delitos calificados por el resultado y la peligrosidad, se atiende a los aspectos subjetivos, porque tiene que haber un daño básico querido. (1447)

Estas excepciones no deben ser aplicadas solamente a la luz de la teoría objetivista, aunque se estime en ARGENTINA, por ejemplo, que el Derecho Penal especial no responde al mismo sistema. (1448) Siempre debe haber un daño básico querido, para que pueda ligárselo a los otros principios. (1449)

La *versari in re illicita* puso de nueva cuenta en vigor a la "responsabilidad por el resultado", ésto trató de ser explicado como: "Qui *versari in re illicita* respondit pro casu" (quien realiza una conducta ilícita, debe responder, inclusive, por el caso fortuito), que después fue limitada con la previsión.

(1444) NÚÑEZ. Bosquejo de la Culpabilidad, p. XVII. Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad de James GOLDSCHMIDT. Editorial Depalma, S. A. Buenos Aires, 1943.

(1445) NÚÑEZ nos menciona que la responsabilidad por la culpabilidad fue aceptada así: Código Francés de 1810, artículo 64°. Código Español de 192, artículo 26°. Código Prusiano de 1851, parágrafo 40°. Código Boliviano, artículo 13°. Op. cit.

(1446) ZALLEILLES. La Individualización de la Pena. SCHIAFOLI. Diritto Penale Canonico. Citados por NÚÑEZ. Op. cit.

(1447) Cfr. SOLER. Derecho Penal Argentino. Parágrafo 42, p. XVI. Citado por NÚÑEZ. Op. cit., p. XVI.

(1448) Cfr. NÚÑEZ. Op. cit., p. XVII.

(1449) *Idem*.

Los delitos calificados por el resultado también son derivados de la valoración objetiva del delito y de sus consecuencias dañosas, condicionados a la veracidad en no ilícita que, a la vez, está reducida a la previsión, imputándose únicamente las consecuencias que eran previsibles y quedando a salvo los efectos del caso fortuito.

La peligrosidad intentó apartarse del principio de la responsabilidad por la culpabilidad, al decir que todos los delincuentes son responsables, por el hecho de vivir en sociedad; empero, en algunos casos, el dolo y la culpa fueron comprendidos como índices de la peligrosidad del sujeto y así, se les permitía influir en la responsabilidad.

En fin, que la peligrosidad terminó siendo aceptada como uno de los presupuestos de la responsabilidad subjetiva y esto perduró, en tanto se tuvo de la culpabilidad una concepción psicológica o normativa (dolo o culpa y, si se quiere, puerintencionalidad). La aparición del positivismo finalista hace que el objeto y la estructura de la culpabilidad empiecen a ser un tema de enredadas polémicas.

Cuando la culpabilidad adquiere un objeto y una estructura finalistas, que desplazan al dolo y a la culpa, enviándolos a la conducta y a los elementos subjetivos del tipo, el principio de la responsabilidad por la culpabilidad pierde su finalidad y los transforma en responsabilidad por los resultados dañosos reprochables.

Con este cambio, no parece un poco difícil que la responsabilidad individual por la culpabilidad sea meramente subjetiva; en virtud que, aun cuando el reproche es apreciado subjetivamente, no toma en cuenta el subjetivismo del autor del daño, sino de las autoridades ministerial y judicial que realizan la valoración.

Aunque, atendiendo a la idea central de reestructurar una doctrina penal que tenga cohesión y forme parte de un todo uniforme, la responsabilidad seguirá siendo valorada desde un punto de vista objetivo, que analiza los elementos subjetivos y objetivos que componen al delito, completándose con los aspectos de ser causa y autor de un resultado dañino.

La verdad es que todo esto no resulta nada extraño porque, además, de ser aplicable a las cuatro excepciones que mencioné y ya expliqué, ha sido utilizado en la valoración de los delitos dolosos y culposos, de los que se quedan en grado de tentativa, en los concursos de delitos y en el delito continuado.

La responsabilidad perfectamente puede (y debe) ser construida con independencia de la culpabilidad (entendida como reprochabilidad), haciendo un poco de lado los aspectos subjetivos y tomando en cuenta a la causalidad y no es nada raro ver que los códigos penales puedan aceptar esta premisa.

El principio que he dado se comprueba en los casos en que es impuesta una medida de "seguridad" a un inquisitable o una medida "tutelar" a un menor de edad, toda vez que ellos no pueden ser sujetos de culpabilidad y sin embargo, se les está aplicando una penalidad, con base únicamente en el daño que produjeron.

Tiene que reconocerse que el principio rector de las reglas de la responsabilidad (sea penal o social), tiene que basarse en el aforismo "No hay responsabilidad sin delito", lo cual implica que, para la imposición de los sanciones penales (penas y medidas de tratamiento especializado o de tutela), deben ser comprobadas la existencia del delito y de la responsabilidad.

No es una locura aceptar que la responsabilidad social debe estar fundamentada en la existencia del delito, como podrían pensar quienes niegan que los incapaces sean sujetos de ilícito y procedimiento penal y los conculcan con ello, los más esenciales derechos que debe gozar todo ente humano, por el sólo hecho de ser tal.

Los parámetros constitucionales son muy claros, al establecer que los actos de autoridad deben estar basados en la comprobación del "recurso del delito" y de la responsabilidad; no hay razón alguna para excluir a los incapaces de esa garantía y mucho menos, si ya se ha aceptado que pueden externar actos dolosos.

Los lineamientos subjetivos de las reglas de la responsabilidad se amplían, al considerar al delito en su totalidad; toda vez que habrá de exigirse la comprobación de la existencia de la voluntad, de la conciencia (con su excepción), de la intensión, de los fines y del ejercicio de la libertad (motivación normal, con su excepción).

La primera noción que se tiene de la culpabilidad como fundamento o presupuesto de la responsabilidad, descansa sobre los lineamientos de la doctrina de la imputación moral, que le roba su autoprofía nominal, al hacerla dependiente del libre albedrío, que es una cuestión filosófica de metafísica.

Durante el siglo pasado, la responsabilidad tuvo una noción moral, asociada a la libertad de elección del hombre. CARRARA defiende esta teoría, diciéndonos que sus principios son inmutables y que no se modifican, aun cuando cambien los tiempos, la gente o las costumbres y agrega que sin éstos, la Ciencia Penal estaría muy mal construida.

A pesar de todo, el mismo autor dice que prefiere no entrar en polémicas de índole filosófica y da por sentadas las bases del libre albedrío; de ello resulta, que solamente son capaces de responsabilidad moral, las personas que gozan de libertad de elección (imputables).

Así es que, nada más puede haber responsabilidad moral; quienes no tienen esa facultad de optar por el bien o decidirse hacia el mal, no deberían ser responsables y si se les aplica una "medida de seguridad", están contraponiéndose los postulados básicos que sustentan a la Ciencia Jurídico-Penal.

Por estas razones, es necesario que la estructura de la responsabilidad se aleje de posiciones contradictorias y se edifique en pilares que, aun cuando parezcan errados, sean congruentes entre sí y que, tal vez al entenderlos, ya no resulten tan falsos y sean fácilmente aplicables en nuestra disciplina.

Los principios que por mucho tiempo han sostenido a la Ciencia Jurídico-Penal tienen que evolucionara la par de la naturaleza humana y tender hacia un grado de perfeccionamiento que los haga válidos en el momento en que tengan que practicarse, para que nuestra materia no caiga en desuso y se atreva a decir que debe fenecer.

Ahora ya no hablenos de una responsabilidad objetiva pura ni subjetiva depurada, tampoco de la responsabilidad por obrar sobre cosa ilícita; atendamos a los aspectos que son necesarios para construir una verdadera teoría de la responsabilidad, que maneje todos los parámetros que sea menester y no conculque los derechos garantizados.

Quiero iniciar las reglas de la responsabilidad por la intervención en el delito y terminar con algunos de los absurdos que se sostienen en la doctrina de la ciencia a la cual nos dedicamos y en ello voy a ocupar los incisos subsiguientes. Espero dar con tino en una nueva estructura de la responsabilidad que cumpla con esos objetivos.

(201) LAS TEORIAS DE LA RESPONSABILIDAD.

Hablé de que son dos las principales teorías en torno de las cuales gira el basamento de la responsabilidad, que dan origen a otras tendencias y considero que ha llegado el momento de hacer el desglose de cada una de ellas, atendiendo a los expositores jurídicos de la doctrina tradicional del Derecho Penal.

GONZALEZ ROURA pregona: "Dos corrientes de ideas netamente opuestas, generadoras luego de una tercera intermedia, han procurado explicar el por qué de las acciones humanas, en una brillante polémica aun no agotada." (1450) Se refiere al libre albedrío o indeterminismo y al determinismo de los actos.

FONTAN BALESTRA expone en su obra: "El problema de la responsabilidad penal, puede reducirse a dos extremos: la libertad y el determinismo, en el hacer humano. Dentro de ellas se sitúan las diversas doctrinas". (1451) Con base en la situación que mencionan estos dos autores, desglosaré los siguientes párrafos.

Al inicio de nuestra disciplina, parecía que el problema quedaba resuelto, atendiendo a una fórmula moral: El libre albedrío. Se decía que el delincuente orientaba su voluntad hacia el mal y siervo así, tenía que responder por el daño que había elegido causar, sufriendo una pena.

Suponiéndose un individuo inteligente y libre, con plena capacidad para comprender los resultados que produciría con su actuación voluntaria y que podía escoger entre realizar o no la conducta. Estos dos elementos estarían situados en el dolo, confundiendo a la culpabilidad con la responsabilidad, como he sostenido.

FONTAN BALESTRA explica: "Puesto en disyuntiva de optar entre el bien y el mal, al decidirse por este último, obra voluntariamente. En consecuencia es responsable del daño que su elección ocasiona y pasible de pena por haber obrado mal". (1452) La libertad del hombre podría traducirse en saber y querer.

GONZALEZ ROURA interviene: "...sienao el hombre libre en el obrar, es virtuoso o vicioso porque así le piace y, por lo tanto, es meritorio o cae en demérito, según obre bien o mal, dabiendo sus actos delictuosos ser castigados, no sólo porque la pena resulta útil a la sociedad, sino porque también la ha merecido". (1453)

La Escuela Indeterminista, Espiritualista o clásica fundamenta la responsabilidad penal en el orden moral, en el principio del libre albedrío, que es producto de la fe en sí y de los dogmas cristianos. Admite, asimismo, una responsabilidad atenuada, en relación directa con la disminución en la libertad de obrar.

El postulado del libre albedrío data del siglo XVII y la mayoría de los autores lo había aceptado sin mucha reticencia para resolver el intrincado problema. **CARRARA** lo toma, junto con la imputabilidad moral y sobre él edificó su Ciencia Criminal. (1454) Es muy simple: El hombre es responsable moral, porque es libre.

La postura clásica se basa en los siguientes principios: 1. En el sentido íntimo que toda persona tiene de ser libre en el obrar. 2. La acción o la responsabilidad. 3. El perfeccionamiento a través del esfuerzo. 4. La depravación, que puede ser consecuencia del abandono. 5. El arrepentimiento o la satisfacción. 6. La admiración o el desprecio. (1455)

Cuando el hombre haya obrado bien, estará alcanzando un grado más en la escala de la perfección; obtendrá un sentimiento de satisfacción por haber hecho lo que debía y tendrá el respeto de la comunidad en que vive. Si actuó mal, caerá en la depravación, podrá arrepentirse y le manifestarán el desprecio.

Solamente se es libre, si se tiene la conciencia íntima de la libertad y el dolor, si puede arrepentirse de lo mal hecho y siente satisfacción por haber obrado bien, si se ama la virtud y se abomina el vicio y si se conocen las ventajas que dan las buenas acciones. Es libre, quien puede elegir entre dos opciones contrarias.

La Escuela Clásica Italiana del Derecho Penal toma por estandarte a la libertad y a la segunda mitad del siglo XVIII, la corriente positivista se enfrentó en el campo de nuestra ciencia y el método que se utiliza influye en ella. Se abre paso al positivismo filosófico y se niega el libre albedrío.

(1451) **FONTAN BALESTRA**. Derecho Penal. Introducción y Parte General, p. 110. Tercera edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1957.

(1452) **FONTAN BALESTRA**. Op. cit., p. 110.

(1453) **GONZALEZ ROURA**. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, pp. 230/1. Abeledo Editor. Buenos Aires, 1922.

(1454) **CARRARA**. Prefacio a la Quinta edición del Programa. Citado por **FONTAN BALESTRA**. Op. cit., p. 110.

(1455) **Cir. FONTAN BALESTRA**. Op. cit. **GONZALEZ ROURA**. Op. cit.

Esta nueva tendencia defiende un determinismo cosmológico. Sostiene que todos los actos humanos dependen de los motivos que radican en la constitución física y psíquica (temperamento y carácter) y en el entorno físico y social que lo rodea (determinismo de las acciones). Por ello, se le conoce como Escuela Indeterminista.

También puede llamársele a esta postura "material" o "positiva". De suyo, es tan antigua como la libre albedrística y alcanza su apogeo, cuando es proclamado el método positivo, que hasta entonces había sido empleado nada más en las ciencias físicas y naturales y fue adaptado al estudio biopsicofisiológico del individuo y a las ciencias sociales.

Ahora, el hombre ya no tiene posibilidad de elección y no actúa por su propia determinación, sino por la acción que ejercen en él los diversos factores, que originan las acciones y las reacciones, creando un ser que no se diferencia mucho de las cosas y de los animales, que ya no tendrá conductas espontáneas, sino determinadas.

Con los estudios psicológicos y antropológicos de LOMBROSO, DESPINE, GAROFALO, TARDE, LACASAGNE y FERRI, entre otros, la doctrina espiritualista empieza a ser cuestionada, el determinismo físico se extiende hacia el campo de los fenómenos naturales y morales. Se nota que esta escuela echa de lado al fatalismo religioso, para elaborar parámetros más "científicos".

Si bien es cierto que los clásicos negaban que el sujeto pudiera evitar el delito, no menos veraz resulta que los positivistas lo afirman, al decir que si las acciones humanas son determinadas por causas ajenas a su voluntad, el individuo puede colocarse de tal manera, que obren en él los motivos que más le benefician a la sociedad.

La responsabilidad moral es substituida por la social, concebida por FERRI, quien habla del derecho que tienen los miembros de la sociedad para defenderse de los delinquentes y que es ejercido, apartando la supuesta libertad moral del individuo. La responsabilidad no se basa en los aspectos del hombre, sino en los de la núcleo.

"Mientras el fatalismo, dice Alimena, arrastra todas las ciencias, el determinismo sólo consulta al motivo más fuerte en un determinado estado de conciencia", cita GONZALEZ ROURA. (1456) El espiritualismo y el determinismo son, de esta suerte, posiciones antitéticas. El uno es el resultado de contradecir al otro.

FONZAN BALESTRA nos explica: "Es entonces cuando Ferri sintetiza así el concepto de la responsabilidad social: Los actos del hombre pueden serle imputados y es él, por lo tanto, responsable de ellos, porque vive en sociedad". (1457) Así, se inicia una enconada polémica en torno a los temas del Derecho Penal.

ALIMENA recalca: "Así, cuando estamos convencidos que todas nuestras voliciones no son más que el resultado de propios motivos, cuando es tema convencidos de que el delito está, como cualquier otro fenómeno, sujeto a las leyes de la causalidad, entonces somos irresistiblemente obligados a fijar (en nuestra conciencia, en la sociedad y en la naturaleza), las causas que impiden el producir el mal. Ahora no procuramos detener la piedra que ha sido arrojada, sino que impediremos que se puesta en la honda". (1458)

¿Qué es, entonces, lo cierto? Si somos libres, el delito es producto de nuestra voluntad y se castigará nuestra orientación hacia el mal, empero, si estamos determinados, ¿es válido sancionar a quien está influenciado por factores y no puede apartarse de ellos? ¿Cuál es el fundamento real de la responsabilidad penal? ¿Quién tiene la verdad en la historia?

(1456) ALIMENA. Citado por GONZALEZ ROURA. *Derecho Penal. Parte General.* Tomo I, p. 232. Abeledo Editor. Buenos Aires, 1922.
(1457) FERRI. Citado por FONZAN BALESTRA. *Derecho Penal. Introducción y Parte General.* p. 111. Tercera edición. Abeledo Editor. Buenos Aires, 1957.
(1458) ALIMENA. Citado por GONZALEZ ROURA. *Op. cit.*, p. 232.

El determinismo y el indeterminismo no son producto del pensamiento de los tratadistas modernos, aunque alguien estime lo contrario. SOCRATES, ARISTOTELES y PLATON ya habían hablado de ellos. Antes de CARRARA y de FERRI, quienes más los defendieron, ya más de un pensador había sostenido las tesis que abanderaron a las escuelas Clásica y Positiva.

Los factores que influyen en el ser humano son de índole diversa, PLATON habló de castigos orgánicas adquiridas o hereditarias, estados morbosos determinantes, educación defectuosa, influencia ambiental, etcétera. FERRI y sus seguidores mencionan el temperamento, el carácter, el clima, las condiciones, el hecho social, principalmente.

Los positivistas piensan que nadie obra libremente; dicen que la conciencia íntima se atribuye a la falta de conocimiento de los antecedentes del acto, bien sea por la carencia de atención o del examen de las situaciones o bien, por el desconocimiento total del mecanismo psíquico del hombre.

Afirman que la voluntad es la forma más elevada de la actividad animal y se dice concebible como un poder de reacción, que es más fuerte en algunos sujetos y que, en cambio, en la misma persona varía, según el estado de su organismo, de su fisiología, de su psiquis, por diversas razones (edad, alimentación, educación, etcétera).

La personalidad individual de un sujeto es dependiente de las causas que la provocan, por eso no hay dos tipos que sean iguales. La libertad de obrar es ilusoria y no es necesaria para establecer esa personalidad individual; esta sólo está formada por las cualidades intelectuales y afectivas que posee cada uno.

Con muchos los argumentos con los que los pensadores positivistas quieren obrar por fuera las ideas clásicas, porque comprenden que la libertad es un más de los surcos que tiene el ser humano; preguntan el determinismo de los actos, otorgándole a los factores diversos una influencia decisiva en el comportamiento individual.

Por ejemplo, MUNG manifiesta: "Lo que quiero hacer y no hacer depende de mi carácter, y mi carácter depende de las circunstancias sobre las que no tengo ningún poder; está escrito sobre todo en su formación inicial, a factores de los que no dispongo". (1459) Me suena algo así como: Yo no soy yo, soy algo extraño que está dentro y fuera de mí.

ALIMENA argumenta: "Nosotros creemos que la voluntad se determina en la dirección del acto más importante, y la opinión contraria no solo nos parece que no responde a los hechos, sino que la encontramos inconcebible". (1460) Para él no hay elección, sino determinación de los actos, en razón de lo que más nos motiva.

Si se niega la responsabilidad moral, ésta tiene que ser de carácter social; El individuo debe sufrir las consecuencias de su comportamiento, por la sencilla razón que vive en sociedad. El menor, el incurrable y el irremediable, son responsables sociales y deben ser sometidos a una medida de seguridad.

Los métodos aseguradores son correctivos, no tienen porqué llamarse penas; no son castigo ni denigran; son arbitrios protectores, de preservación y de aseguramiento. El argumento de la seguridad o de la defensa de la sociedad no son lo bastante fuertes; aparte, el individuo tiene que ser un adaptado o representar un peligro.

(1459) MUNG. La Defensa Social. Citado por GONZALEZ ROURA. Derecho Penal. Parte General. Tomo I, p. 234. Abeledo editor. Buenos Aires, 1922.

(1460) ALIMENA. Citado por GONZALEZ ROURA. Op. cit., p. 235.

No podría sostenerse nada más que el hombre era responsable por vivir en sociedad. Era preciso encontrar un principio que pudiese ser adaptado a la responsabilidad individual. GAROFALO habla primeramente, de la temibilidad; (1461) posteriormente, el vocablo fue cambiado por el término peligrosidad. (1462)

Este criterio, que aún parece muy incierto, debía ser evaluado atendiendo al estudio biopsicosocial del hombre delincuente, mediante la observación y la investigación de su vida, de su conducta anterior y posterior al delito, del propio hecho y de todas las circunstancias en que su personalidad se desarrolló.

No es concebible que se llegara al grado de propiciar la intervención estatal por la sola peligrosidad, aun cuando no hubiere existido el delito y que se hablara de un estado peligroso, ya que esto suponía la violación de las garantías individuales, que por mucho tiempo había defendido la Escuela Clásica.

Todavía más, en algunos países, como el nuestro, se dio cabida a un criterio de peligrosidad que domina tanto a las personas capaces, como a las incapaces. Teniéndolo como un estado individual, se cree que es la posibilidad de que una persona se convierta en la autora de un delito. Es una posibilidad, que puede o no ser cierta.

Si se juzga como algo que puede acontecer, ¿qué es lo que estamos tomando en cuenta?, ¿lo que hizo el delincuente lo que hará? Se propugnó que al individuo iba a responsabilizársele por el delito, si era peligroso y que respondería por él, en la medida de su peligrosidad. Esto, ¿no suena contradictorio?

El ser humano debe ser responsable por el delito cometido y nada más. La medida de su responsabilidad lo será el daño causado, el grado de intención que le dio a su voluntad; en síntesis: Lo que hizo y no lo que es posible o no probable que haga. La peligrosidad debería ser tomada en consideración, solamente si pudiera comprobarse.

Las características que determinan la peligrosidad, según diversos autores, únicamente funcionan para medir una tendencia delictiva (opinión). Si el sujeto es peligroso o no, nunca podrá afirmarse fehacientemente, sólo son conjeturas. Lo que cuenta, en todo caso, es la temibilidad; es decir, el temor que el delincuente le inspira a la sociedad.

(202) EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD.

Tomemos la pauta para tratar lo referente al fundamento de la responsabilidad. Del concepto que tengamos de esta institución jurídico-penal va a depender la base que habremos de considerar para que se determine si una persona responderá o no ante la Ley Penal, como sujeto pasivo de las sanciones.

Es muy diferente hablar de una responsabilidad objetiva, material o causal y de otra con tintes subjetivos, personales o finalísticos, porque cada una de ellas tiene diversos resultados y muy distintas repercusiones en el mundo de la jurisdicción, como veremos en los siguientes incisos.

Las consecuencias de tener una concepción liberalbedrista o determinista de la responsabilidad se ven reflejadas también en los parámetros que le sirven de sustento a la declarativa estatal de que un sujeto es jurídicamente responsable por haber intervenido en el delito, en cualquier forma.

(1461) GAROFALO propone que la temibilidad se considere como: "La perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que debe temerse por parte de él". Di un Criterio della Penalità. Napoli, 1880. Citado por FONTAN BALESTRA. Derecho Penal. Introducción y Parte General, p. 112. Tercera edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1957.

(1462) GRISPIGNI define a la peligrosidad como: "La muy relevante probabilidad de una persona de convertirse en la autora de un delito". La Penalità Criminal e il Valore Sintattico del Reato. Citado por FONTAN BALESTRA. Op. cit. p. 112.

Solamente en una persona que tiene plena libertad en su conciencia y al actuar, pone en juego su capacidad de querer y comprender las consecuencias de lo querido, podemos afirmar que su responsabilidad es subjetiva, personal o finalística, que atiende al sujeto y no al objeto.

En cambio, en los que creen que el hombre está determinado y que se mueve como un títere, al arbitrio de la naturaleza, no debe caberles más que el pensamiento de darle a la responsabilidad un tinte objetivo, material o causalista, que ponga en relieve al objeto y haga de lado al sujeto.

Cuando los pensamientos son más depurados e intentan atender a todos los aspectos que se presentan en una situación, el fundamento de la responsabilidad no puede ser concebido, sino con un carácter mixto, que nos permita conciliar las características más importantes de sendas posturas.

En la actualidad, ya no estamos para ponernos a adoptar posiciones extremistas, que nos lleven a entablar una lucha a muerte, como la que se suscitó entre clasistas y positivistas, y causalistas y finalistas, porque los avances de nuestra disciplina nos tienen que hacer entrar en razón y si no, el único que pierde, es el sujeto pasivo del Derecho Penal.

A mi juicio, no debemos volver la mirada a problemas que de suyo, están sumamente gastados, que se han ido superando, conforme son estructuradas las nuevas tendencias. Está bien conocerlos y apreciarlos, para tomar lo mejor de ellos, pero no es como para que al detenemos tanto en ellos, nos hagan retroceder.

Es menester que ahora pase a bosquejar las dos posturas clásicas acerca del fundamento de la responsabilidad, que la miran desde los puntos de vista objetivo y subjetivo para, posteriormente, esbozar mi opinión, en el inciso que he dedicado a la responsabilidad por la intervención en el delito.

(a) LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O MATERIAL.

Si tenemos que ser congruentes con los parámetros delineados por cada uno de los sedicentes sistemas del llamado "Derecho Penal", debemos reconocer que la responsabilidad objetiva o material, le corresponde al causalismo y que puede ubicársela dentro de la Escuela Positiva, aunque admita sus variantes.

El pensamiento original acerca de la responsabilidad objetiva, llevado al extremo, nos indica que a una persona se la va a hacer responder ante la Ley Penal, simplemente por el daño que ha causado, sin que nos importe, si lo quiso o no, o si estaba o no en posibilidades de entender sus consecuencias.

En un principio, si el daño que aparecía en la realidad fáctica podía relacionárselo de cualquier forma con un individuo, se le atribuía a éste como suyo y se lo hacía responder por él, otorgándole consecuencias que resultaban más punitivas que jurídicas, puesto que tenían todas las características del castigo.

Ejemplo de ello, era la famosa *versari in re illicita*, habida cuenta de que respondía a la fórmula: *Cuius versari in re illicita, respondit pro casu*; es decir, que al sujeto que actuaba sobre una cosa ilícita, se lo hacía responsable penal, inclusive en los supuestos en que se diese el caso fortuito.

Así, debe afirmarse que bastaba la danosidad del acto, para sufrir las consecuencias del castigo que, en un inicio, era aplicado por igual a los hombres, a las mujeres y a los niños; a las cosas y a los animales; a los capaces y a los incapaces. No había diferencias: Existía el daño, podría relacionárselo con alguien o algo, había punición.

Esto provocó muchas situaciones injustas; en el período inquisitorio del Derecho Penal se abusó incansablemente de estas disposiciones y muchas personas inocentes pagaron las consecuencias de la responsabilidad objetiva o material, terminando quemadas en la hoguera, por ejemplo, a veces, sin ser enjuiciadas.

Principalmente con la intrusión de las ciencias mecánicas y naturales en la vida social, se acusó a las parteras y a los naturistas de tener pactos satánicos con el más allá y cualquier resultado funesto que se produjera, les era imputado y se les aplicaba una pena, que en la mayoría de las ocasiones resultaba bastante cruel.

Mas, una Ciencia Jurídico-Penal que se diga humanitaria, no puede permitir esos extremos, máxime si una de sus cualidades primordiales es la de estar en constante evolución y tender hacia el perfeccionamiento de sus principios rectores y si uno de sus objetivos, lo es el logro de la justicia o mejor aún, de la equidad.

Por ello, en la actualidad ya no nos está permitido hablar de una responsabilidad puramente objetiva, material o causal, aunque el resultado dañino siga teniendo una enorme importancia en el mundo de la juridicidad, porque es la pauta para que tome su inicio la pretensión punitiva estatal.

Si dije que a la responsabilidad objetiva, material o causal podía incluírsela en el positivismo, es muy necesario que les explique el porqué y estimo que es por la relevancia social que se le otorga al resultado dañoso que aparece; ciertamente que su inclusión es un poco forzada, pero también es veraz que no encaja mejor en el clasismo.

El criterio de peligrosidad que propugna la Escuela Positiva, también corre tal suerte, puesto que para medir el grado del estado peligroso del individuo, considera la magnitud del daño que éste causó y no le importa saber si era el producto de un acto volitivo que pudiese ser comprendido por su intelecto.

No puede decirse que la peligrosidad sea subjetiva, al menos por cuanto hace al activo del resultado nefasto, en virtud de que, aunque se demuestre que es un incapaz de comprensión y/o conducción, se lo hará responder socialmente y será sometido a una "medida de seguridad", que nada bueno aseguran.

En cambio, si que puede tenerse al criterio de peligrosidad con un tinte subjetivo, cuando reconocemos que la persona que realiza la valoración, lo hace mediante un procedimiento mental, en el que atiende a los parámetros de su propia psiquis y al conciente de su intelecto, que es la forma de llevarla a cabo.

Para mi gusto, la responsabilidad objetiva, material o causal se asocia mejor a los principios de la Escuela Positiva del Derecho Penal y al sistema causalista, que al clasismo y a los postulados de la teoría de la acción finalista y admito mejor opinión en este sentido.

En síntesis, cuando pugnamos por un criterio extremo de la responsabilidad objetiva, no debemos aparejar su fundamento mas que al daño causado, sin involucrar aspecto subjetivo alguno, que esté relacionado con la volición y el entendimiento del sujeto que lo produjo, ya que, por su naturaleza, salen de su esfera.

Hacer jurídicamente responsable a una persona con basamento sólo en la materialidad, significa nada más valorar la magnitud del daño causado y sobre este sustento, graduar la punibilidad, para hacerla sujeto pasivo de la pretensión punitiva del Estado, que empieza con la investigación y culmina con la pena.

En su evolución, la responsabilidad objetiva, material o causal intenta ser limitada con el correctivo de la culpabilidad, que tomará en cuenta los aspectos subjetivos que considere de mayor relevancia y dará lugar a la modalidad de esta institución jurídica tan importante que analizaré en lo futuro.

(b) LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA O PERSONAL.

Para poder atemperar las situaciones injustas que provocaba la responsabilidad por el resultado, se erige en nuestra disciplina el principio de culpabilidad, estableciéndose así la relación entre el delito y la responsabilidad y confundiendo uno de los elementos del ente jurídico, con uno de los pilares del acto de autoridad.

La responsabilidad por el resultado va a trasladarse por la responsabilidad por la culpabilidad, pasando de una valoración pura del daño, a evaluar dos aspectos muy importantes del sujeto, que son: El querer y el entendimiento y relacionándolos, desde luego, con el efecto jurídico que logró con su comportamiento.

De esta manera, es necesario comprobar que el daño proviene de un individuo que lo quiso realizar y que entendía sus consecuencias, para verificar que realmente fue producido por su actuación y sobre esta base, hacerlo responsable jurídicamente, imponiéndole las consecuencias que prevé el ordenamiento punitivo.

A la teoría objetiva de la responsabilidad se la limita, introduciéndole el correctivo de la culpabilidad, que la vuelve subjetiva, porque va a atender más al autor del resultado nefasto, que al daño mismo y de esta forma, se finca sobre un criterio que resulta más personalista que objetivista.

Supuestamente, una responsabilidad subjetiva o personal muy depurada, debe poner mayor énfasis en los aspectos subjetivos, de los que tenía su nombre, que, de acuerdo con la concepción primaria que se tuvo de la culpabilidad, estaban enfocados a los elementos volitivo e intelectual que integraban al dolo (psicologismo).

En el criterio psicológico de la culpabilidad se fundamenta el causalismo y es necesario probar la existencia de un vínculo psíquico entre el resultado y su autor, para que el autor sea considerado culpable y por ende, hacerlo responsable del delito que hubiese producido con su comportamiento.

Por lo tanto, las provisiones de la responsabilidad subjetiva se cumplen en el delito cometido en forma dolosa, más no es así en los casos en que hubo culpa o preterintencionalidad (para quienes aceptarían esta última forma culpable), que formalmente tenían que ser resueltos, atendiendo a la materialidad del ilícito.

De cualquier manera, el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal era más realista, puesto que miraba a los aspectos que pertenecían al individuo que era el causante del hecho dañoso, para verificar que efectivamente procedía de él y de esta manera, su responsabilidad era personal.

Para la resolución de los problemas que surgían con el delito culpable, se atendía a un criterio subjetivo, aunque no muy personalista, que era la observancia de un deber general de cuidado, que intentó hacerse más personal, incluyendo las circunstancias particulares en que se desarrollaba el hecho, para determinar su exigibilidad.

Estas mismas provisiones, las del dolo y las de la culpa, eran aplicables, en lo concerniente, cuando debía afrontarse al delito preterintencional (concebido como una mezcla de dolo y culpa) y al paroxo, de esta manera quedaban soslayados los escollos que surgían al considerar que la responsabilidad era subjetiva.

Posteriormente, se introduce en el ámbito de la culpabilidad, la teoría normativa causalista, que incluye en su concepción, además del dolo y de la culpa, la exigibilidad y el reproche de la conducta asumida y con esto se podía pensar, que la responsabilidad jurídico-penal se iba haciendo más subjetiva.

La exigibilidad iba a atender a las circunstancias concomitantes a la conducta, para saber si ésta había sido ejecutada en un estado de normalidad o anomalía y sobre esta base, decidir si a la persona podía serle exigible un actuar que se conformará a las disposiciones del derecho; es decir, una conducta contraria a la que había desplegado.

El grado de reproche iba a medirse, atendiendo también a la magnitud del daño causado, aunque también debían considerarse los matices subjetivos del autor de la conducta. Las dos modalidades que asumía la culpabilidad tenían que ser reprochables, para que el sujeto pudiera responder por el daño que había causado.

La estructura normativa de la culpabilidad vendría a completar al psicologismo, puesto que no se deshizo del dolo y de la culpa, sino que los observó desde una perspectiva diferente, porque ya no bastaba solamente el vínculo psíquico, sino que se precisaba que la conducta dolosa o culposa fuere reprochable.

En la evolución de la Ciencia Jurídico-Penal, por lo que respecta a la culpabilidad, aparece el normativismo finalista, que no solamente cambia a este elemento del delito, sino que trastoca a todo el sistema doctrinario y normativo, cuestionando la estructura de todas las teorías generales existentes.

Si el normativismo causalista había completado al psicologismo, con el sistema normativo-finalista le tocaba correr la misma suerte, puesto que éste toma la exigibilidad de otra conducta y el reproche del comportamiento asumido para la culpabilidad, trasladando al dolo y a la culpa a la conducta y a los elementos subjetivos del tipo.

Así, la responsabilidad en esta postura vuelve a atender al grado de reproche y toda la esencia del sistema jurídico-penal toma más subjetiva la valoración del delito, puesto que se finca en la finalidad, que contiene a la voluntad de concreción, a los motivos, a las tendencias, a los impulsos, etcétera.

De esta manera, el fundamento de la responsabilidad se transforma en algo más subjetivo y parece que el hecho de atender únicamente a la materialidad del dano, había sido superado de lleno, cumpliéndose con el objetivo de nuestra ciencia, al evolucionar y perfeccionarse, aunque todavía debe seguir su curso.

(c) LA RESPONSABILIDAD POR LA INTERVENCIÓN EN EL DELITO

En la nueva estructura de la responsabilidad resulta muy necesario hacer una diferencia tajante entre ésta y la culpabilidad, habida cuenta que la mayoría de los autores justipenalistas suelen confundirlas e introducir los componentes de una, en la otra y repiten las facetas de la valoración o bien, omiten algunos aspectos.

La responsabilidad por la intervención en el delito tiene como presupuesto la declaración de la existencia del ente en el mundo de la normatividad jurídico-penal, que se cierra con la culpabilidad; por lo tanto, estas dos no deben ser identificadas, porque perderían su esencia, una de ser elemento y la otra, consecuencia del ilícito penal.

Las personas que siguen identificando ambas figuras, no tienen siquiera un leve esbozo de lo que son las materias penal y procesal penal y peor aún, de lo que postula la CPEUM en cuestiones de derechos garantizados en el área de la punición, puesto que las diferencias que existen entre ellas están bien establecidas.

En la nueva estructura de la responsabilidad ha de tomarse como basamento la intervención en el delito, que requiere de una conjugación de lo objetivo y lo subjetivo, para no caer en el error de ser meramente material o final. Cuando alguno brinde un aporte consciente y efectivo al delito o lo materialice, se lo responsabilizará válidamente.

La medida de la responsabilidad que se genera por haber intervenido en cualquier grado en la comisión de la conducta típica, antijurídica y culpable nos la brinda la calidad del aporte que el individuo hubiere hecho para que el delito fuese ejecutado cual resultó. La naturaleza del aporte da origen a diversos grados de intervención.

Vamos a ver que solamente el interventor material debe llenar uno a uno los requisitos que señala el tipo de la figura delictiva que se cuestiona en cada caso particular; esto es, que tiene que cumplimentar el contenido típico en todos sus pormenores y realizar, inclusive, el verbo rector tal y como está concebido normativamente.

Los restantes grados de intervención son formas artificiales de hacerse partícipe de un delito, porque han sido creados con la ayuda de la juridicidad, relacionando determinados verbos con el modelo rector, porque se tiende a evitar todos los modos de comisión del comportamiento prohibido por la norma.

Para valorar la conducta de todas las otras personas que intervienen en la comisión del acto ilícito penal, siempre que no hayan actualizado por sí mismas una hipótesis típica, basta con que el verbo que rige su forma de comportamiento, pueda ligarse al nexo del delito-tipo, por ejemplo, acordar la privación de la vida.

Esta disposición en ninguna manera viola el principio de legalidad que prescribe que no hay delito ni pena sin ley (nullus crimen, nulla poena sine lege), puesto que hablamos de encontrar su tipificación en la parte general de los códigos penales y así, se cubre con el requisito de su descripción legal previa.

Es obvio, como lo he repetido en varias ocasiones, que la parte especial de las legislaciones penales no puede estar colmada de tautologías que son fácilmente evitables, si tan sólo prevenimos la hipótesis genérica en la parte general que, sabemos que rige para todos los delitos-tipo, bien sean especiales o particulares. Lo único que se requiere es tener sentido común para entenderlas.

(203) LA RESPONSABILIDAD Y SUS RELACIONES.

Por el simple hecho de ser uno de los temas de la Ciencia Jurídico-Penal, la responsabilidad se encuentra relacionada con toda la variada temática que forma parte del objeto de estudio de nuestra materia, habida cuenta que se requiere la integración de un todo uniforme, enlazado en forma sucesiva y coherente.

Los doctrinarios tradicionalistas, en lugar de encontrar la relación que tiene la responsabilidad por la intervención en el delito con los elementos de este ente jurídico-penal, suelen confundirla, principalmente con la culpabilidad y esos efectos recaen en la valoración, en donde se critican o repiten los aspectos que son objeto del análisis.

La responsabilidad por la intervención en el delito ha sido identificada con una declarativa que hace el aparato jurisdiccional creado por el Estado para la valoración de las conductas delictivas (tribunales unitarios o colegiados) y esto es cierto; luego entonces, debe diferenciarse claramente entre el delito y la responsabilidad por él.

Así las cosas, la responsabilidad no puede ser idéntica a la culpabilidad, dato que no es uno de los elementos que integran al ente en el mundo de la jurisdicción, sino más bien, una de las consecuencias de que éste exista para el marco jurídico, que se inicia con la imputación y que, a su vez, genera la aplicación de las consecuencias punitivas previstas.

De tal suerte, ahora pasaré a exponer las relaciones que tiene la responsabilidad (como uno de los pilares de los actos de autoridad penal) con la imputabilidad y la culpabilidad, entendiendo que esta última es el eslabón que cierra la cadena del delito y que aquella, ha sido alejada de los elementos del ente jurídico-penal, para cambiarse por la capacidad.

(a) LA RESPONSABILIDAD Y LA IMPUTABILIDAD.

Como atipadamente diría ZAFFARONI, la imputabilidad penal es un problema de todos los tiempos, que no encuentra resolución, porque cada uno quiere darle un significado diferente, que acarrea serias consecuencias en el ámbito de la punición y por ello, he preferido apartarla del sistema, para dar paso a la capacidad de comprensión y conducción adecuadas.

La responsabilidad se encontraba relacionada con la imputabilidad, en el entendido que se pensaba que solamente las personas que poseían esa capacidad de comprensión y conducción debían ser responsables penalmente, porque eran las únicas aptas para cometer conductas delictuosas y sufrir sus consecuencias.

Mas la concepción resultaba errada, cuando una persona incapaz había ejecutado un comportamiento previsto como delito en el Código Penal, puesto que, de cualquier manera, se la hacía responsable por esas consecuencias dadas y sufridas, sea o no responsable, inclusive, sin que se hubiese comprobado que el resultado nefasto procedía de ella.

Por este motivo, los parámetros para comprobar la responsabilidad, que eran confundidos con los postulados de prueba de la culpabilidad, tenían que variar, para evitar las injusticias en el sistema jurídico-penal, que propugna el respeto de los derechos garantizados en la *CPEUM* para todas las personas que intervengan en una relación procesal penal.

En el sincretismo penal esta situación, al parecer, ha quedado soslayada, en el entendido que propone un sistema de alocación diferente para las personas capaces y las incapaces y hago responsables a ambos sectores, por su intervención en las conductas delictivas, con diferentes matices, que se aplican en el caso concreto.

Aunque la imputación (que también fue confundida con la imputabilidad), sigue teniendo vigencia y se relaciona en forma efectiva con la responsabilidad por la intervención en el delito. Imputar equivale a determinar que el resultado delictuoso proviene de una persona, que es suyo, por haberlo realizado y que, por él se le hará responder.

Una vez finalizada la valoración del delito, se procede a hacer lo respectivo con la responsabilidad y este procedimiento se inicia con la imputación. La declarativa de la responsabilidad inicia con la imputación que el Órgano jurisdiccional hace sosteniendo que el delito procede de una persona determinada, que dio un aporte efectivo para su comisión.

Imputación y responsabilidad se encuentran ligadas de tal modo, que la una no podría tener existencia sin la otra, porque no puede hacerse responsable a alguno, cuando no hemos determinado que la conducta delictiva provino de él y esa determinación toma su inicio en el hecho de imputarle su ejecución.

(b) LA RESPONSABILIDAD Y LA CULPABILIDAD

Si de ordinario la culpabilidad ha sido identificada con la responsabilidad, con el sincretismo penal ha llegado el momento de diferenciarlas. Esto se debe a que la *CPEUM*, que marca los principios básicos de la Ciencia Jurídico-Penal las mira como elementos distintos, al prever que en todo acto de autoridad punitiva deben comprobarse el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

La concepción que se tuvo del "cuerpo del delito" ha sufrido cambios notables y ya no atiende únicamente a la materialidad del daño, sino a todos los elementos que integran la descripción típica (incluidos los objetivos, los normativos y los subjetivos); pero, para mi gusto, también debe variar las denominación para quedar simplemente como delito.

De esta manera, el texto constitucional debería aludir a los extremos del delito y de la responsabilidad. Atendiendo a que la culpabilidad es uno de los elementos que integran al ente jurídico-penal, fácilmente puede ser separada de la responsabilidad por la intervención en el delito y esta última bien puede edificar su teoría general.

Por supuesto, como lo he dicho, no es lo mismo decir que una persona obró con libertad, que le era exigible un comportamiento diverso al que desplegó y que la conducta asumida se le reprocha (culpabilidad), a imputarle la actuación contraria a la normatividad y por ella, hacerla responder bajo un título determinado (responsabilidad).

(c) LA RESPONSABILIDAD Y LAS SANCIONES PENALES.

En concierto con las ideas tradicionales, ser una persona imputable, es un requisito para ser culpable y esta condición, lo es para ser responsable penal. A la responsabilidad jurídico-legal le sigue, como consecuencia lógica, la aplicación de las sanciones, que se encuentran marcadas en los tipos delictivos.

Cuando la responsabilidad eran teñida con un tinte moral, la pena tenía un carácter de expiación, considerada como la retribución del mal que el delincuente le había causado al ofendido, con otro daño, que le era infringido por haber adoptado una conducta contraria a las normas jurídico-penales.

A través de la pena se creía que debía lograrse el arrepentimiento del sujeto activo del delito y se pensó que de esta manera, podía hacérselo reflexionar acerca del daño que había causado y que por su libre albedrío, comprendería que no debería adoptar en lo sucesivo conductas contrarias a la normatividad.

La pena reflejaba el poder coercitivo del aparato estatal, era impuesta y conculcada aun en contra de la voluntad del individuo y generalmente, la segregación (llamada prisión) era el castigo que se aplicaba, para que el infractor quedase apartado del núcleo social, al que había trastocado con su delito.

Por muchas cuestiones que parecían injustas en la Escuela Clásica del Derecho Penal, la responsabilidad moral y las penas quedaban en entredicho, se cuestionó desde su fundamento, hasta su forma de ejecución y de ello resultó, que la responsabilidad debería adquirir la característica de ser social.

La responsabilidad social se tradujo en la necesidad del hombre de responder ante el núcleo en que vivía, por haber puesto en peligro su estructura, al asumir una conducta contraria a las normas de convivencia adoptadas y la pena ya no tenía la cualidad de ser expiatoria, sino resocializadora.

El fundamento de la pena sería, en lo sucesivo, la necesidad social de la defensa en contra de los individuos que representaban un peligro para el grupo, por adoptar conductas que destruían, lesionaban, hacían peligrar o controvertían su seguridad; de aquí surgieron las nombradas "medidas de seguridad".

Por las interpretaciones que se le hicieron a los principios que marcaba el positivismo, o tal vez porque sus autores no los explicaron en forma clara, las penas pervivieron al lado de las medidas aseguradoras y las unas, fueron aplicadas a las personas capaces y las otras, a los individuos incapaces.

Se dijo que la responsabilidad social era, más bien, la que adquirirían los sujetos que no gozaban de voluntad y de conciencia y que su consecuencia era la imposición de una determinada medida de seguridad, seleccionada de acuerdo a la peligrosidad que ellos representaban para el núcleo social en que vivían.

Sin que se hicieran claras diferencias, el criterio de la peligrosidad ha funcionado tanto para las personas capaces, como para las incapaces. En nuestro país, bajo la misma base se aplican las penas y las medidas de seguridad y en última instancia, todos los sujetos son considerados como responsables penales.

Para ambos sectores, las sanciones tienen una función resocializadora y si ésta no pudiera lograrse debido a las características de las personas que a ellas se someten, por lo menos, tratan de salvaguardar la paz y la integridad del sector al cual pertenecen, que goza del derecho de defenderse de sus ataques.

En última instancia, predominan en nuestro sistema, sin estar perfectamente diferenciados, todos los criterios que giran en torno a la responsabilidad y a las sanciones penales y se han encontrado argumentos para justificarlos a todos. La nefasta consecuencia de esto, es que tenemos una mezcla de doctrinas.

La función de la tesis que propongo es la de buscar una base que verdaderamente haga válidas a todas las instituciones jurídico-penales que se aplican en la práctica forense y espero dar con muy buen tino en ello.

(C) MI TESIS.

Es muy importante que señale que en mi pensamiento sólo tiene cabida una teoría general de la responsabilidad por la intervención en el delito y no me sumo a la tendencia que concibe que a los autores y a los partícipes debe estudiárselos por separado, en virtud de que son situaciones jurídicas diferentes.

Ya dije que se piensa que los autores no participan y que los partícipes no actúan, pero ésta no es una razón de peso para dividir el análisis de la responsabilidad por la intervención en el delito, habida cuenta que todas las personas que jueguen un papel delictivo, habrán de ser responsables jurídicamente.

La responsabilidad por la intervención en el delito debe conformar un solo tema, en el cual se pueda hacer el desglose de todos los sujetos del delito, sea cual fuere su calidad, porque de otra manera, no habría lugar para una teoría uniforme de la que lográsemos extraer algunos principios comunes.

Desde luego, que es muy importante saber quién es el individuo que actualizó el verbo rector del tipo; empero, aunque se desconozca su identidad o físicamente no se lo tenga al alcance, a todos los que hubieren intervenido de cualquier manera con él, debe hacérselos jurídicamente responsables de su comportamiento.

PIERRO dispone: "Pero he aquí que en dicha obra común, y cualquiera que sea la forma de participación que se examine, debe existir la figura del autor, ya que sin ella nunca podremos hablar de participación. No es concebible un delito en el que intervengan nada más que partícipes". (1463) En su obra liga ambos conceptos.

La postura separatista que pugna por la revisión en sendos apartados de los autores y de los partícipes, responde más que una divergencia metodológica, a una mira estructural diferente, tal y como lo propugna la teoría finalista de la acción, nos explica en forma atinada el mismo penalista. (1464)

Esta tendencia concibe a la conducta (acción) como una estructura unitaria, que contiene diversos elementos subjetivos implícitos en el tipo penal, cuya particularidad esencial es el enfoque teleológico depurado, que examina la calidad del autor doloso (dueño de la acción) en la acción misma y no en la participación.

Sobre esta base, para los finalistas originales, los conceptos de autor y partícipe no son tan sólo muy diferentes, sino que por fuerza tienen que ser separados y así, se pretende justificar que la autoría sea analizada en la conducta (acción) y la participación sea trasladada a un sitio diverso.

A mi entender, y conste que mi estructura es más bien finalista, la noción del autor no puede ser desligada de la del partícipe, dado que a la participación se la considera dependiente del hecho principal y éste no puede ser otro, mas que el comportamiento asumido por el autor material y deben ser analizados en el mismo apartado.

Incluir al autor dentro de la teoría general de la responsabilidad por la intervención en el delito, es fundamental, porque a su alrededor giran varios problemas esenciales de la doctrina de la participación, que sólo pueden ser resueltos, atendiendo a los principios que les sean comunes. Autores y partícipes intervienen en el delito.

Ahora bien con respecto a la extensión del concepto de autor, los juristas han dado soluciones varias para que podamos determinar si es válida la noción en un sentido amplio o más bien, nos acogemos a uno restringido. Esto es, si debemos considerar autor a todo el que interviene en un delito o solamente al que consiga su materialidad.

Un primer criterio se inclina hacia la equiparación de los distintos modos de intervenir en el delito, unificándolos en su penalidad; los identifica en un concepto único y los sanciona con la punibilidad que corresponda a la figura delictiva de que se trata, admitiendo un pequeño margen en la graduación de la pena.

(1463) FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 202. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1464) FIERRO. Op. cit. p. 202.

FIERRO considera que esta postura es ortodoxa y aduce pretensiones de combatir por este medio el auge de la criminalidad. Recuerda que esta es la posición que adoptó GERTZ, en el Código Penal Noruego de 1902. Su fundamento lógico y jurídico lo es la teoría de la equivalencia de las condiciones, que defendió VON BURI. (1465)

Aquí se estima que es incorrecto apreciar como "causa" del delito a uno de los tantos factores que en su conjunto lo determinaron. Sólo debe asignársele ese carácter a la totalidad de los factores, porque cada uno de ellos es equivalente a los demás y no puede distinguirse el hecho del autor, del de los partícipes.

Esta consecuencia no es aceptada por todos los partidarios de la teoría de la equivalencia de las condiciones, en un plano estrictamente causal, e inclusive VON BURI le introduce un correctivo con el criterio distintivo del *animus*; esto es, habrá de ser tenida en cuenta la intención de los interventores.

JIMENEZ DE ASIA y MEZGER sostienen que la equivalencia de las condiciones, no tiene como lógico resultado la equivalencia de las culpabilidades, porque la comprobación del nexo causal en la acción es uno solo de los aspectos a los que habremos de atender y ella se examina, adelantándonos a los tipos penales concretos. (1466)

Sobra estas consideraciones, fácil es deducir que la "teoría unificadora" que emplea el Código Penal Noruego, no debe ser confundida con la postura francesa complicité *délict distinct*, que concibe a la complicidad como un delito dependiente, llamado "delito de concurso", sin desvincular las formas accesorias de la figura principal.

La complicidad, como un delito *in genere*, salva los obstáculos que representa la teoría unitaria y asimismo, facilita la individualización de la pena. Estas ventajas son la una de orden práctico y la otra, de naturaleza científica, explica FOMTECILLA RIQUELME. (1467) Así, cada una de las formas participativas sería un delito autónomo.

SIGHELE define la "teoría de la agravación obligatoria de la complicidad", porque piensa que un delito que es cometido por dos o más personas, está modificado por una circunstancia agravante; en el entendido que es mayor el daño social que se deriva de la coparticipación y debe combatirse con una sanción más grave. (1468)

Para FLORIAN, el hecho de agravar la participación en todos los casos, no era una respuesta lógica, porque no siempre la conducta de los partícipes importaba una perversidad constante e inflexible. De concierto con las observaciones psicológicas, la energía criminal es variable en todas las personas que intervienen. (1469)

El daño mayor que se deriva de la participación en el delito, que aducía SIGHELE, es un criterio que repugna al concepto positivista de la temibilidad; no debe existir una regla a priori que favorezca o perjudique al delincuente; no hay lugar para presunciones preestablecidas, recalca el mismo FLORIAN. (1470)

(1465) FIERRO. *Teoría de la Participación Criminal*, pp. 203/4. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1466) Cfr. FIERRO. Op. cit., p. 205.

(1467) FOMTECILLA RIQUELME. *El Concurso de Delincentes en un Mismo Delito y sus Principales Problemas Jurídicos*. Revista de Derecho Penal. Año I. Número 1, p. 112. Buenos Aires, 1945. FIERRO. Op. cit., p. 206.

(1468) SIGHELE. *La Coppia Criminal*, p. 184. Torino, 1909. FIERRO. Op. cit., p. 207.

(1469) FLORIAN. *Trattato di Diritto Penale*. Volumen I. Parte I, pp. 520 y ss. Torino, 1909. FIERRO. Op. cit., p. 207.

(1470) FLORIAN. Op. cit., pp. 520 y ss. FIERRO. Op. cit., p. 207.

FERRI se siente inclinado hacia la adopción del pensamiento de FLORIAN y sin embargo, estima que el haber obrado con la complicidad preordenada de otros, es una circunstancia modificativa agravante, puesto que revela un grado mayor de peligrosidad y así lo regula en su Proyecto de Código Penal. (1471)

Otros doctrinarios formulan la "teoría de la culpabilidad del partícipe", en la cual se estima que cada una de las formas de participación debe ser sancionada de manera diferente y esto es, porque el ejecutor diverso al material va a perseguir un fin especial que, por supuesto, es diverso a la meta que se ha trazado el autor. (1472)

En la estima de H. MAYER, el instigador es una especie de corruptor o seductor, que arrastra al autor material por el mal camino. (1473) KUHRAUSCH dice que la conducta del partícipe merece una pena, porque se identifica con el autor principal y de esta manera, su responsabilidad es equivalente. (1474)

En la teoría de la responsabilidad por la intervención en el delito, primeramente ha de ligarse el concepto de autor a las nociones de los partícipes, sean cuales fueren las calidades que aceptemos y creo que en esta última posición, impera una postura coincidente con la teoría tradicional, puesto que siempre se les da cabida a las mismas.

En segundo lugar, se diferencia claramente el aporte de cada una de las personas que ha intervenido en la comisión de las conductas delictuosas, para hacerlas responder por él, en la medida de su intervención, ligando siempre estos aportes a los del autor material o "dueño de la acción", como dirían los finalista.

Por cuanto hace al tratamiento punitivo, cada una de estas intervenciones habrá de considerarse como un delito autónomo, haciendo la referencia del aporte hacia el tipo delictivo que se concretó en la realidad fáctica y sin que sea necesario redactar tipos especiales, que digan: "Al que auxilie a otro al apoderamiento", por ejemplo.

Esta disposición no viola de manera alguna el principio *nullo crimen sine lege*, dada la interrelación que existe entre las partes general y especial de los códigos penales y que no deben preverse tipificaciones específicas para materias que se sobreentienden, por cuestiones de técnica y economía legislativas y para evitar las tautologías.

No voy a aducir pretensiones de tipo criminológico, como lo sería el hecho de expresar que de esta manera evito la delincuencia, sino a otras que me parecen más prácticas, como las de justificar mi postura, diciendo que cada uno debe responder por lo que ha hecho, porque cada uno es dueño de sus propios actos.

No acepto la equivalencia de las condiciones, aunque sí ha de corroborarse que la conducta de cada uno de los interventores esté ligada al hecho principal y que entre su aporte y el delito exista esa relación de causa a efecto, que lo haga responder jurídicamente por su intervención en el hecho delictivo.

Por supuesto, de ello no se deriva la equivalencia de las culpabilidades, porque en cada uno de los comportamientos deberá verificarse la existencia del delito y de la responsabilidad, cual si se tratara de la conducta del autor principal y se dará la individualización y la imposición de las sanciones penales, en forma particular.

(1471) FERRI. Principios de Derecho Criminal, p. 517. Editorial Reus. Madrid, 1933. Proyecto Preliminar de Código Penal Italiano para los Delitos. Artículo 21º, número 11. Roma 1921. FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 208. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1472) La cita es de FIERRO. Op. cit., p. 208.

(1473) Citados por JIMENEZ DE ASUA. La Orientación Moderna de las Nociones de Autor de la Infracción y de Participación en la Infracción. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año XIX. Tercera Epoca. Números 90/1, p. 10. Santa Fe, 1957.

(1474) KUHRAUSCH. Citado por JIMENEZ DE ASUA. Op. cit., p. 11. Nota 2. FIERRO. Op. cit., p. 208.

Para llenar los requisitos constitucionales del fundamento y la motivación de los actos de autoridad, debe señalarse en forma expresa la manera en que se contribuyó a la ejecución del delito, relacionándola con el verbo rector del tipo y además, citarse el precepto que es exactamente aplicable al caso concreto.

Sin ello, ni siquiera debe entrarse al análisis de la responsabilidad, en el entendido que el acto de autoridad, sea cual fuere su naturaleza, debe estar correctamente fundado y motivado y tan falló es el que llena incorrectamente estos requisitos, como el que no los contiene.

Cada una de las formas de intervención es, si lo queremos decir así, un delito autónomo y como tal, deberá ser tratado, habida cuenta que, como ya dije, las conductas de los participantes, habrán de ser consideradas individualmente, haciendo referencia de su comportamiento con el hecho tipificado en cada una de las figuras.

Los intervinientes en el delito deben ser sancionados, con independencia que conozcamos o no la identidad del autor material y aunque no lo tengamos presente en forma física. Además, es válido sancionar al dueño de la acción, por un delito y a los demás intervinientes, por otro con una calificación diferente.

Esto tampoco rompe con la estructura de la teoría de la responsabilidad por la intervención en el delito ni conlucia los derechos individuales y el ejemplo se da, cuando el autor principal priva de la vida a su ascendiente consanguíneo en línea recta y en forma dolosa, a pesar de conocer el parentesco y los demás intervinientes no tienen el dolo específico que requiere la figura.

En este caso el interviniente material será calificado como autor de parricidio y los participantes, en virtud que no reúnen la intención específica que debe tener el sujeto activo del delito, serán responsables de un homicidio, al faltar el dolo específico, en relación con el pasivo del hecho ilícito.

Como ya sabemos, las circunstancias modificativas personales o subjetivas no son comunicables a las personas que intervinieron en el delito, aunque se encuentren vinculadas por la comunidad del hecho, puesto que, si bien es cierto que sus conductas convergieron en un resultado, no menos veraz resulta, que éstas solamente amparan a determinado sujeto.

Por otro lado, cada uno de los elementos del delito y su responsabilidad deben ser probados y comprobados en forma separada, en el entendido que a alguno de ellos puede beneficiarse alguno de las hipótesis de los aspectos negativos o una causa de irresponsabilidad, que no surte efectos en los demás.

Los desplomes de las averiguaciones previas que hacen los agentes del Ministerio Público, cuando no se conoce la identidad de las demás personas que intervinieron en el delito, por ejemplo, son perfectamente válidos y no violan el principio non bis in idem, puesto que a la persona que ya se le consignó no se le está enjuiciando doblemente.

Es muy posible y valioso que conforme se vaya identificando a los intervinientes, de los vaya poniendo a disposición de su juez, aunque cabe señalar que de nueva cuenta, cada uno de los actos de autoridad deben ser fundamentados y motivados en sus aspectos de delito y de responsabilidad, para cumplir con la CPEUM.

A grandes rasgos, para no excederme en las pretensiones de este trabajo, he hablado de la teoría general de la responsabilidad por la intervención en el delito y me falta aludir a los grados de intervención, primero en forma general y posteriormente, con un pequeño tratamiento individual.

(204) LOS GRADOS DE INTERVENCIÓN EN EL DELITO.

Como ya he manifestado que para el estudio de la responsabilidad por la intervención en el delito propugno la adopción de una postura globalizadora, cuando hable de su análisis particular, debo abarcar tanto a las formas principales, como a las accesorias que, en esencia, son las mismas que reconoció la teoría tradicional.

En los siguientes incisos voy a enunciar la temática correspondiente a los grados primarios, que son: La autoría y la coautoría y a los secundarios, en los que comprendo: La intervención en el acuerdo o plan, en la preparación, la mediata, la intelectual, en complicidad, subsecuente, en complicidad correlativa y en el delito remanente.

Cada una de las personas que actúe en el logro del resultado delictivo, bajo un título determinado, va a ser responsable de aquello que hubiere obtenido con su comportamiento, bien sea que lo fuere la concreción del verbo rector del delito-tipo o bien, de su propio regulador, relacionándolo con la figura principal.

La intervención en el delito, a excepción de las formas primarias, es accesoria de un hecho principal, aunque nada más en su aspecto material, porque siempre tiene que existir un resultado lesivo, para que lleguen a configurarse; sin él, no pueden adquirir autonomía nominal ni tampoco llegar a ser punidos.

BOCKELMANN declara: "La participación es, necesariamente, accesoria, es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal. Esta accesoria no es, [producto de la ley], ella supone la naturaleza misma de la cosa. Complicidad e instigación presuponen conceptualmente [algo] al cual se prestan". (1475)

Las dos formas primarias, que son la intervención material y la intervención en coautoría (esta cuando se da en la concreción del verbo típico, adquieren el carácter de principales, porque se encuentran directamente ligadas a la realización del título delictivo; es decir, que quien actúa bajo ese título, es quien le da vida al delito.

En cambio, el coautor que realiza en forma conjunta el tipo, poniendo como condición la ejecución de los medios o el logro del resultado y los que intervienen en otro de los grados que mencioné, hacen depender su conducta de un hecho principal y son calificados como interventores secundarios o accesorios.

Respecto al grado de dependencia de las formas principales con las accesorias, en la doctrina se formulan cuatro teorías, a saber: 1. La mínima accesoria. 2. La accesoria limitada. 3. La máxima accesoria. 4. La hiperaccesoria. Todas ellas están relacionadas con la calidad de la conducta primaria.

En el primero de los casos, basta con que el intervisor material haya logrado la concreción de un tipo legal; es decir, que se supedita a las formas secundarias a una conducta primaria típica. Para sancionar a los intervisores, basta con que el autor material hubiere realizado un comportamiento que se adecuó al tipo.

Al segundo, no le basta con la aparición de la conducta que colme las peticiones de la figura rectora, sino que requiere, además, que ese comportamiento adquiera la calidad de antijurídico; o sea, que es preciso probar y comprobar una conducta típica y antijurídica, para poder punir el aporte del intervisor.

En el tercer plano, se trata que además de la conducta típica y antijurídica, se corrobore la aparición de la culpabilidad y en ocasiones, se va más a los extremos, exigiendo que el actuar del autor primario sea doloso, sin que se acepta que pueda haber participación en los delitos cometidos por culpa.

Por último, la hiperaccesoria pugna por que las circunstancias modificativas que agravan o atenúan la conducta del autor principal y que tienen un carácter personal o subjetivo, se comuniquen a los demás partícipes, resultando de ello, que el comportamiento de todos será privilegiado o cualificado de la misma manera.

(1475) BOCKELMANN. Relaciones entre Autoría y Participación, p. 7. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1960.

Para ser congruentes con lo que he manifestado, voy a darle cabida a una accesoriedad limitada, aunque, desde luego, con la admisión de algunas variantes, puesto que, si bien es cierto que va a requerirse únicamente el resultado dañoso, para entrar en el análisis de la intervención, no menos veraz resulta que a éste no está condicionada la penalidad.

Cuando se ha probado y comprobado la existencia de un delito (como conducta típica, antijurídica y culpable), el siguiente paso, según la C.F.F., lo es el determinar la responsabilidad de la persona inculpada, porque todos los actos de autoridad penal deben fundamentarse y motivarse en torno a estas dos situaciones.

Va lo sé, el juicio es uno solo y todos sus pasos están ligados entre sí, de tal manera que la única división que admite es en la ficción jurídica, que nos lleva a descomponer el delito en elementos y a separarlo de la responsabilidad y que al final, vamos a unificarlos de nueva cuenta, en la sentencia.

No soy yo la que inventa, nada más estoy afilándome a la tesis analítica, que me permite hablar de los elementos del delito y de la responsabilidad, para que ninguno de los aspectos que son de relevancia en su estudio se quede sin ser analizados a conciencia y que no existan posibilidades de error o cuando menos, que se reduzcan.

El fundamento de la intervención en el delito (responsabilidad penal la llama el C.F.F.), lo encontramos en el artículo 13º, que trata de las diversas situaciones que analizaré en los incisos subsiguientes. Se considera que todas las personas que intervienen o participan en el delito son responsables, no hay diferencias.

Si tenemos que es uno solo el sujeto que ha llevado hasta sus últimas consecuencias el delito y que nadie más intervino de manera alguna para ayudarla anterior, concomitante o posteriormente a ejecutarlo, debemos darle el nombre de autor material, actor, sujeto activo, autor inmediato o cualquier otro afín.

Lo englobó en los grados de intervención en el delito y le llamo "interventor material", queriendo significar que ha cubierto todos los requisitos típicos; con este grado se define su responsabilidad y rigen para él todas las reglas de la teoría general del delito y de la responsabilidad, en sus pormenores.

Los grados de intervención en el delito, propiamente nos interesan para analizarlos, cuando hay más de una persona implicada en el mismo asunto (o mejor dicho, en los mismos hechos delictivos), para fincarle su responsabilidad a cada uno, previa la comprobación de los elementos que componen al ente jurídico-penal.

Así, si un sujeto realiza materialmente el acto de privar de la vida y son otros los que le proporcionan el arma, anagan a la víctima, esconden los instrumentos, cuidan que nadie se acerque, le ayudan a escapar, desaparecen señales o indicios o bien, lo auxilian para que eluda la acción de la justicia, tenemos que determinar el grado de su intervención.

PIERRO asienta: "No siempre la producción de un hecho delictuoso es obra de un solo delincuente. Cuando esta categoría de hechos se consuman mediante la actividad deliberada y consciente de dos o más personas, nos encontramos frente a un caso de participación o coparticipación criminal". (1476)

El hombre es un ser social por naturaleza, tiende a agruparse y a depender de los demás, para llevar a cabo la mayoría de los actos de su vida, bien sea que los intereses que persiga fueren lícitos o ilícitos. De ello resulta, que podemos encontrar asociaciones, hasta para realizar objetivos delictuosos.

Es importante diferenciar entre el delito de agrupación delictuosa y los problemas de la intervención en el delito, dado que pueden coexistir y crear responsabilidad por sí solos. El primero tiene como requisitos la permanencia y la organización para fines delictuosos. El segundo caso, obedece a la transitoriedad en el objetivo de delinquir. (1477)

Inclusive, para intervenir en un delito y adquirir responsabilidad por ello, no es indispensable el concierto previo y lo que es más, ni siquiera es preciso, en determinadas ocasiones, que una persona se ponga de acuerdo con el autor material para ayudarlo, bastándonos con que realice actos propios para fincar su responsabilidad. (1478)

Son varias las hipótesis que pueden presentarse en el desarrollo de la conducta delictiva: 1. Uno solo individuo comete un solo delito. 2. Un solo sujeto ejecuta dos o más conductas delictuosas. 3. Varios tipos perpetran un solo ilícito. 4. Varias personas realizan dos o más hechos delictivos. Todas ellas deben ser analizadas con sumo cuidado.

Si un solo individuo realiza la conducta delictuosa o bien, dos o más delitos, ya dije que su responsabilidad es a título de interventor material y que habrá de responder por un delito doloso, culposo o preterintencional, consumado o en grado de tentativa, en concurso real o ideal, por un delito continuado, etc.

Cuando son dos o más las personas que intervienen, se presenta el denominado "concurso de personas" y es necesario determinar en qué grado actuó cada una, para saber de qué tiene que responder jurídicamente. "La pluralidad de actores o de sujetos activos es un requisito [sine qua non] para configurar un supuesto de participación", nos explica FIERRO. (1479)

Para poder determinar el grado de intervención en el delito, también es necesario que exista la consumación o, cuando menos, la tentativa, es decir, el principio o la total ejecución o inejecución. Esta afirmación tiene la situación problemática que analizaré en lo referente a la intervención en el momento delictivo.

Puede decirse que la intervención el delito nos presenta problemas cuando: Dos o más personas participan de cualquier manera en él, llegando a consumarlo o intentarlo al menos y de ello resulta su responsabilidad penal o social, a pesar que no lo hayan realizado materialmente. Los requisitos son:

1. Dos o más personas. Estamos en presencia de la hipótesis en la cual un pluralidad de individuos cometen en común dos o más delitos. La actuación de todos los interventores debe contribuir a la realización de los hechos delictivos, en alguna de las formas que están previstas en la ley.
2. Participar de cualquier manera. La contribución al delito solamente debe ser en sentido efectivo, bien sea actuando físicamente o bien, como mero interventor intelectual. Aquí hay que poner especial cuidado en que todas las participaciones deben estar vinculadas al verbo rector del delito-tipo.
3. Consumación o intento. En esta hipótesis el delito debe ser consumado o encuadrarse en grado de intento. Hay intervención en la tentativa, aunque no tentativa en la intervención. Por lo tanto, debe realizarse un principio o una total ejecución o inejecución o mejor aún, la consumación de los resultados delictivos.

Tengo que dejar bien claro que las disposiciones que rigen en la parte general de los códigos penales se extienden hacia la intervención en el delito y que las peticiones típicas se amplían cuando trata de fincarse la responsabilidad para todas las personas que de cualquier modo contribuyan al delito.

(1477) Una vez realizado el hecho delictuoso, pueden coexistir el delito de agrupación delictiva y uno de los grados de intervención. No por el simple hecho de intervenir con otros en un acto ilícito, se está creando una asociación delictuosa.

(1478) Puede suceder que una persona vea que un pariente suyo está cometiendo un delito, sin que ella tuviera el antecedente, y en ese momento se decide a ayudarlo.

(1479) FIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 21. Ediar. Buenos Aires, 1964.

Lo primero, es por las cuestiones de comprobar la existencia del acto ilícito penal y de la responsabilidad, para poder imponer las penas o medidas de tratamiento especializado, al hacer que respondan todos los intervinientes en el momento delictivo. Todo ello rige para la conducta de la totalidad de los partícipes.

Por cuanto hace a lo segundo, es muy cierto que quien se vale de otro para privar de la vida, no está realizando materialmente el verbo rector del delito-tipo, por ejemplo. Aunque la conducta que realiza el instigador, puede ser ligada a la privación y por ello, se lo puede responsabilizar válidamente.

Esta ampliación del tipo no viola el principio *nullem innoxiam*, nulla poena sine lege, sino: la interrelación que existe entre las partes general y especial de los códigos penales, los postulados rectores generales del derecho, las disposiciones doctrinales y las tesis que conforman la jurisprudencia.

¿Cuál es la regla que impera para dilucidar los problemas de la intervención en el delito? La teoría de la causalidad (relación entre la conducta y el resultado) juega un papel muy importante en esta situación problemática. Para que a una persona se la considere interventora en el delito, es necesario que haya hecho un aporte real.

PIERRO dice así: "En otras palabras, deben haber otorgado un eslabón a la cadena causal, y de acuerdo a la importancia de ese aporte o eslabón, tendremos el grado de participación de su actor y su correlativa responsabilidad". (1480) Se exige un mínimo de eficacia en la intervención, para que pueda haber responsabilidad.

Hay que tomar el problema de la causalidad en su justa dimensión, para poder resolver los problemas que nos plantean los grados de intervención en el delito; pues podemos afirmar que debe basarse en el principio de la *conditio sine qua non*, ya que sin el aporte del supuesto interventor, el delito no hubiese sido, cual fue.

La intervención en el delito debe ser tal, que sin ella el momento delictivo no hubiese sido como fue. Es decir, suprimiéndose el aporte de la persona implicada y los hechos variarían en grado o en esencia, no podría decirse que su intervención hubiese tenido buen éxito y por lo tanto, no puede hacerse responsable por ella.

Puede suceder que la intervención delictiva tenga el mismo carácter y grado de responsabilidad (en la coautoría); diferente carácter solamente (autoría mediata y material o autoría inmediata y complicidad); diverso grado y diferente carácter (instigación y autoría material (coautoría) y complicidad); o bien, solo un distinto grado (complicidad conformativa). (1481)

La manera de responder ante la Ley Penal, no depende del grado de intervención, porque todos generan responsabilidad por igual y solamente en el momento en que la autoridad judicial va a individualizar e imponer las sanciones penales, es cuando va a valorar el aporte de cada uno de los intervinientes, para tasarlas.

Es necesario que aclare, que lo que debía decir con respecto a cada una de las formas de intervención en el delito que pueden presentarse, lo he anotado en los incisos que anteceden, por esa razón, en los siguientes subtítulos, únicamente anotaré la fórmula que debe emplearse para definir cada uno de los grados de intervención.

(1480) PIERRO. Teoría de la Participación Criminal, p. 25. Ediar. Buenos Aires, 1964.

(1481) Cfr. NUÑEZ. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Parte General, pp. 266/7. Lerner Editoriales. Buenos Aires, 1978.

(205) LA INTERVENCIÓN EN EL ACUERDO O EN EL PLAN.

La primera forma de intervenir en el delito, se da cuando el agente acuerda o planea con otro u otros la realización de la conducta delictuosa, la manera o los medios de llevarla a cabo. No se trata de que se intervenga en la concepción, como estipulaba el Código Penal antes de las reformas, dado que nadie puede entrometarse en la psiquis de otro.

Por ello, se requiere, para que estemos ante esta forma de intervención, que se llegue a esa etapa de la fase externa del iter criminis que se denomina "resolución manifestada" en la cual el delito ya hizo su aparición en la realidad fáctica, aunque todavía no haya sido ejecutado materialmente y se le tiene como una idea posible.

La persona que con otra u otras acuerde la comisión del delito, planifique la manera de llevarla a cabo o determine los medios que han de emplearse para su ejecución, adquirirá responsabilidad por haber intervenido, siempre y cuando exista, por lo menos, exista un comienzo de ejecución o in-ejecución.

Si únicamente existiere el acuerdo o el plan, pero no se llegase a intentar la ejecución del delito, no podría afirmarse la existencia de la responsabilidad por la intervención, dado que en la Ciencia Jurídico-Penal se postula una máxima que pregona: *Cogitationis poenam nemo patitur* (las ideas no delinquen).

(206) LA INTERVENCIÓN EN LA PREPARACIÓN.

También genera responsabilidad el hecho de realizar actos inequívocos que tiendan a preparar la ejecución de la conducta delictuosa, aunque no llegue a ser intentada o consumada. Aquí se rompe con el principio general que requiere el comienzo o la total ejecución o in-ejecución; aunque lo cierto es que si los actos de preparación son inequívocos, están poniendo en peligro bienes jurídicos.

Aquí no se rompe el principio general que postula que el pensamiento no delinque, habida cuenta que se trata de actos preparatorios. Respecto a éstos, la doctrina tradicional suele dividirlos en equívocos y unívocos. Los primeros se dan, cuando por su naturaleza, no puede determinarse que estén encaminados a la comisión de un hecho delictivo.

En cambio, se trata de un acto preparatorio unívoco, cuando su esencia nos demuestra que indefectiblemente están dirigidos a la ejecución de un delito. Para que los actos de preparación puedan ser sancionados, se requiere que se demuestre que realmente son unívocos y no creo que esto admita la discusión.

Mucho se discute en la teoría de la Ciencia Jurídico-Penal si los actos preparatorios deben ser o no sancionados y se llega a resoluciones absurdas, como la de castigar un acto equívoco y dejar impune un acto unívoco. Desde luego, que es difícil la prueba de que el acto indefectiblemente está encaminado al delito, aunque para eso está el aparato estatal.

Pugno por que los actos preparatorios que indefectiblemente han demostrado estar dirigidos a la comisión de un acto ilícito-penal, sean sancionados, en virtud de que, en forma por demás evidente, están poniendo en peligro los bienes que jurídicamente están amparados y no vamos a esperar a que el delito se consume, para descubrir su verdadera naturaleza.

(207) LA INTERVENCIÓN MEDIATA.

Es responsable por la intervención en el delito, quien se vale de una persona a la cual pueda favorecerle alguna de las hipótesis del aspecto negativo o una excusa absolutoria; que sea menor de doce años de edad; que sea incapaz, o de un animal, para que realice la conducta delictuosa. Este es el caso de quien utiliza, a manera de instrumento, a un sujeto o a una bestia.

En el primer supuesto, el autor mediato debe conocer la situación que favorece a la persona a la que va a utilizar, para poder usarla en beneficio propio; no es necesario que la ubique correctamente dentro del marco jurídico, dado que para ello, sería menester que tratáramos con un perito en nuestra materia.

Antiguamente, la fórmula nada más abarcaba al inimputable, al inculpable y al culpable culposo y dejaba fuera una buena parte de las hipótesis del aspecto negativo del delito, reduciendo su campo de acción, sin que existiera una disculpa realmente válida. La he ampliado a todos los posibles supuestos e incluí a los menores de edad penal y a los animales.

Ya sé que se piensa que los códigos penales no deben ser formularios de doctrina; empero, mientras nuestros aprendices de poritos jurídicos adquieren los conocimientos necesarios, soy de la opinión que las regulaciones jurídicas deben ser lo más amplias posibles, para que no se presten a confusiones e interpretaciones absurdas.

(208) LA INTERVENCIÓN INTELLECTUAL.

Debe responder ante la Ley Penal, quien determine a una persona para que realice la conducta delictiva. En este caso, se trata de que un sujeto logre influir el ánimo de otro individuo, de tal forma, que lo lleve a ejecutar el comportamiento prohibido por la Ley Penal, venciendo su resistencia psíquica.

Se requiere, para ser declarado interventor intelectual, que se utilice alguno de los siguientes medios: El consejo, la coacción, el mandato, la orden, la corrección, la burla, la promesa de recompensa, la agrupación lícita o delictuosa, etc. Debe analizarse perfectamente el método empleado, para ver la posibilidad de hacer responsable a quien ejecute materialmente el delito.

(209) LA INTERVENCIÓN MATERIAL.

Cuando hablo del interventor material, estoy refiriéndome a la persona, a la cual la doctrina tradicionalista reconoce como "autor principal", al sujeto que ha colmado todos los requisitos típicos de la figura delictiva, bien sea que lo hubiese hecho por sí solo o con la ayuda de alguien más.

Importa aclarar que he dejado de nombrarle "autor" y prefiero el rubro de "interventor", para soslayar la situación problemática que representa el hecho de que los tradicionalistas hagan diferencias entre autores y partícipes, puesto que con ello se dividía el tema y en ocasiones, los estudiaban alejados.

Como he repetido constantemente, es muy importante que se determine que hubo una persona que ejecutó materialmente el delito, para que podamos fincar la responsabilidad por cualesquiera otra de las formas de intervención, dado que aquélla se tiene como principal y éstas resultan ser accesorias de la primera.

El autor material, es el único interventor en el delito que tiene que colmar todos los requisitos típicos, inclusive, la realización del verbo rector, en el entendido que se trata de la única forma pura de participación en el delito: los demás grados de intervención tienen en la hipótesis normativa su propio regulador, que debe ser relacionado con el que rige a la figura delictiva de que se trata en cada caso concreto.

(210) LA INTERVENCIÓN EN COAUTORIA.

Es coautor, aquel que realiza la conducta delictuosa, ejecuta los medios o produce el resultado en forma conjunta con otro u otros. El coautor, como su denominación lo indica, está al lado de otro autor; es decir, que en este caso, nos encontramos ante la presencia de dos personas que materialmente le dan vida al delito.

El concepto del coautor se extiende, no solamente a la persona que junto con otra actualiza el verbo rector del delito-tipo cuestionado, habida cuenta que puede tener esa calidad también, quien ejecuta los medios o produce el resultado, siempre y cuando actúe en forma concurrente con alguien más. Por ejemplo, en un robo, Juan amenaza a Pedro y Luis se apodera de las pertenencias de éste.

Juan y Luis son coautores del robo de Pedro, aunque nada más Juan haya actualizado el verbo que rige a la figura delictiva que se cuestiona, al configurar el apoderamiento de cosas ajenas muebles, sin derecho y sin consentimiento de quien legalmente podía disponer de ellas, porque Luis llevó a cabo el medio del que se valieron, para que pudiera cometerse el delito.

Importa diferenciar al coautor de los demás interventores en el delito, en el entendido que a éste se le tiene como un autor material, principal o inmediato y a aquéllos, como partícipes accesorios. Es decir, el autor y el coautor realizarán el delito y los demás, sólo brindarán un aporte, para que pueda llevarse a cabo, tal cual hubiere sido.

(211) LA INTERVENCIÓN EN COMPLICIDAD.

Adquiere responsabilidad por haber intervenido en el delito, el sujeto que presta ayuda a otro para que realice la conducta delictiva. En el término "ayuda" intento comprender también al auxilio y a la cooperación, es decir, debe abarcar a cualquier aporte efectivo para la comisión de la conducta delictiva, distinto a los que enuncié en los incisos anteriores.

En este caso, la ayuda al delito no se basa en un acuerdo anterior que haya tenido el prestador con el delincuente, sino que es un aporte que surge de motu proprio, sin haberlo concertado previamente. La ayuda puede ser anterior, concurrente o posterior a la comisión de la conducta delictiva, aunque nunca acordada.

Es necesario aprender a diferenciar la complicidad, de la intervención subsecuente y del delito de encubrimiento. La segunda requiere de la existencia del acuerdo previo, para la prestación de esa ayuda y la tercera, es considerada como un delito autónomo, cuyas formas típicas están perfectamente descritas en la ley.

(212) LA INTERVENCIÓN SUBSECUENTE.

Produce responsabilidad, ayudar a la persona que realizó la conducta delictuosa, en cumplimiento de una promesa anterior. Esta forma de intervención en el delito se diferencia de la complicidad, en la necesidad de que el interventor se convierta en prontente de esa ayuda que le dará al sujeto activo del delito.

(213) LA INTERVENCIÓN EN AUTORIA CORRELATIVA O CORRISPESCTIVA.

Deben ser considerados como interventores en grado de coautoría todos los que participen en la comisión de una conducta delictuosa, en la ejecución de los medios o en la producción del resultado, cuando las pruebas no sean suficientes para determinar su grado de intervención. Si logra saberse cuál fue el aporte de cada uno, se le otorgará el grado de intervención que pueda probarse.

(214) LA INTERVENCIÓN EN EL DELITO REMANENTE.

Un supuesto que es importante tratar en lo relativo a los grados de intervención, lo es el delito remanente, que ocurre cuando varios individuos pretenden cometer un acto ilícito penal primario y se verifica uno más con carácter secundario, puesto que debemos determinar qué tratamiento le daremos a cada uno de los partícipes.

Creo que está resuelto con las siguientes disposiciones: Cuando varias personas tomen parte en la comisión de la conducta delictuosa y alguna de ellas cometa un nuevo delito, todas deben ser consideradas como interventoras en coautoría, si concurre alguno de los siguientes requisitos:

- I. Que haya habido un acuerdo previo.
- II. Que el nuevo delito no sea el medio para cometer el primero.
- III. Que el nuevo delito sea consecuencia del primero o de los medios empleado para su comisión.
- IV. Que no conste quién de ellos produjo el nuevo delito.

Obviamente, si con anterioridad a la ejecución del delito principal, que da origen a la consumación del secundario, los interventores ya había tenido un acuerdo en realizar el delito primario, fueran cuales fueren las consecuencias, tenían un rol preordenado de funciones y fácilmente pueda hablarse de coautoría en ambos ilícitos.

Si el nuevo hecho delictuoso es el medio para que puedan cometer el primero, sea cual fuere la persona que lo haya ejecutado, es coherente que todos respondan como coautores del delito secundario, puesto que algunos realizaron la conducta (que es el ilícito primigenio) y otro los medios (que dan origen al delito remanente).

Es lógico que si el ilícito que acontece en segundo lugar es consecuencia del primer delito o de los métodos que fueron empleados para su comisión, resulte justo que todos los interventores respondan como coautores del remanente, puesto que lo eran en el hecho principal, del cual éste se deriva.

Naturalmente, para que puedan ser aplicadas las disposiciones anteriores no debe estar acreditada en los elementos que integran el proceso, quién fue la persona que en forma material le dio vida al remanente, puesto que si ésto ocurre, hay un autor material y los demás, responderán bajo otro grado de intervención.

Para lograr que las disposiciones anteriores sean justas, no deben ser considerados como interventores en un delito remanente: a. Quiéres no hayan intervenido en el delito que ocurrió. b. Los que no hubieron estado presentes en el momento de su comisión. c. Aquellos que hubiesen hecho cuanto estuvo de su parte para impedir la ejecución o la consumación de la conducta o del resultado.

(215) LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA INTERVENCIÓN.

Como he manifestado en forma constante, considero que todas las formas de participar en los actos ilícitos penales, producen responsabilidad por la intervención en el delito (sea penal o social) y el tratamiento legal que debe dárseles no debe hacer diferencias por cuanto hace a la punibilidad de cada una de ellas.

Es a la autoridad judicial a la que le toca la delicada tarea de individualizar e imponer las sanciones penales a cada uno de los casos concretos, haciendo uso de las reglas que para tal efecto nos brinda la legislación penal, principalmente de su arbitrio judicial, y de la valoración del aporte que haya dado cada individuo.

Debemos estar conscientes, que es perfectamente válido decir que la intervención en el delito puede ser considerada como un delito autónomo y como tal, debe ser tratado. Es muy cierto que la actuación de cualesquiera de los interventores accesorios puede ser más grave que la del autor principal y de acuerdo a ello, tiene que ser punida.

No podría pensarse que la penalidad que le corresponda a alguno de los interventores secundarios, dependa de la del autor material, puesto que en los casos en que desconoceríamos la identidad de éste o físicamente no lo tuviéramos presente, sería prácticamente imposible punir a aquéllos y su conducta debería quedar impune.

(216) LAS CIRCUNSTANCIAS Y LA INTERVENCIÓN.

Considero que ha quedado muy claro que las circunstancias modificativas atenuantes o agravantes, que estén fundadas en situaciones objetivas, influyen en la individualización e imposición de las sanciones penales de todas las personas que hubieron intervenido en el delito, siempre y cuando hayan tenido conocimiento de ellas.

En cambio, las circunstancias que concedan un privilegio o agraven una situación, que estén fundamentadas en cualidades, relaciones personales o situaciones subjetivas de una de las personas que intervino en el delito, no deben alterar la punición de los demás participantes en los hechos delictuosos.

Por otro lado, las modificativas que aumentan o disminuyen la punibilidad y que estén referidas a las calidades personales de la persona ofendida por el delito, no deben tener injerencia en el proceso en el cual la autoridad judicial pune a las personas que hubieron participado en el delito, ignorándolas.

En fin, las circunstancias modificativas del delito solamente serán tomadas en consideración, cuando se trate de enjuiciar a una persona capaz de comprensión y de conducción adecuadas, para la valoración de la responsabilidad de los incapaces, siempre se estimará al ilícito penal simple, sin agravantes o atenuantes.

(217) LA RESPONSABILIDAD

En la doctrina que conforma al sincretismo penal va a pugnarse por que se haga una diferenciación precisa entre la culpabilidad y la responsabilidad, habida cuenta que la primera es uno de los elementos del delito y la otra, es el inicio de las consecuencias jurídicas que se generan al momento en que integramos el ente.

También se hablará de una responsabilidad personalísima, fundamentada en el grado de intervención en el delito, en la cual se estima la calidad del aporte; la autoridad judicial deberá proceder a la valoración del delito y de la responsabilidad, en juicios separados, que contengan el fundamento y la motivación respectivos.

Para lograr una mayor manifestación de justicia en las disposiciones jurídico-penales normativas, la teoría que propongo hace una división de la responsabilidad, a saber: 1. La responsabilidad penal. 2. La responsabilidad social. Sostengo que la primera debe comprobarse en las personas capaces de comprensión y conducción adecuadas y la segunda, queda para quienes no tengan esa capacidad.

Sostengo que la minoría de edad penal debe quedar en doce años y de esta manera, tengo la pauta para hablar de la responsabilidad de los menores, que a su vez, puede ser penal o social. Procuro un tratamiento con una mayor tutela en los casos de minoridad.

También hago referencia a la responsabilidad solidaria y a la subsidiaria, que tienden a lograr una mayor protección para los individuos ofendidos por el delito, por cuanto hace a la compensación del daño, que es el único beneficio que realmente puede brindárseles con el procedimiento penal y que de ninguna manera debe omitirse.

Por otro lado, hago el tratamiento acerca de la responsabilidad del Estado y de aquella adquiere un carácter civil, aunque es derivada de un acto ilícito penal. Culmino mi exposición con la manera en que debe ser valorada la responsabilidad y con los casos de irresponsabilidad. Paso a explicar mi postura.

(218) LA RESPONSABILIDAD PENAL.

Podemos tomar un rubro general que se denomine la responsabilidad por la intervención en el delito que, por pertenecer a la temática que conforma la Ciencia Jurídico-Penal, válidamente puede tomar para sí ese adjetivo y podríamos decir que la responsabilidad en el área punitiva, lo es de carácter penal.

La responsabilidad penal podría hacer las veces de género y especie, mas como no gusto de confundir los términos de nuestra disciplina y procuro emplear un lenguaje más técnico, la responsabilidad por la intervención en el delito será el género, que contiene dos especies: La responsabilidad penal y la responsabilidad social.

Ya he manifestado que a las personas capaces (con posibilidad de comprender las disposiciones normativas y conducirse de acuerdo con esa comprensión), les corresponde ser responsables penales y que de acuerdo con esto, recibirán una sanción equiparable a las penas. No creo que haya duda en esta afirmación.

(219) LA RESPONSABILIDAD SOCIAL

En sentido inverso a la responsabilidad penal, cuando una persona carezca de la posibilidad de comprender y/o conducirse conforme a los parámetros normativos, será considerada como incapaz y deberá procederse a valorar su responsabilidad social, para individualizarle e imponerle una medida de tratamiento especializado.

(2209) LA RESPONSABILIDAD DE MENORES.

Si los temas que integran la doctrina jurídico-penal causan grandes polémicas y hacen surgir las más disímiles teorías para explicarlos, la responsabilidad de los menores, si bien se pretende mantenerla alejada de ellos, no puede quedarse atrás y sobre la situación problemática que representa, mucho se ha discutido.

Generalmente, las mujeres pseudopenalistas, invocando su espíritu maternal, quieren acercarse al estudio de esta temática y con ese sentido paternalista luego que califica a toda nuestra disciplina, elaboran análisis y hacen propuestas muy alejadas de la realidad, que no llegan al quid del problema y lo dejan sin resolver.

Con mucho desatino, una de las posturas imperantes, propugna que los menores de dieciocho años de edad, deben ser considerados como inimputables; es decir, como entes sin capacidad de querer y entender, recordando que el concepto que se tenía de la imputabilidad, era el mismo, aunque a contrario sensu.

Para mí, no hay algo que suene más falso, habida cuenta que cualquier ente humano, siempre que no esté falto de sus facultades mentales, tiene plena capacidad para extemar actos volitivos y de comprender la relevancia que adquieren, en la medida del grado de madurez intelectual que posea.

No hay razón de peso para considerar que los menores de edad, y falta determinar el límite, sean entes incapacitados para querer y comprender, si son mentalmente sanos, y para otorgarles el calificativo de inimputables, que más bien parece una grosería jurídica, puesto que se pone en entredicho su sanidad.

Al creer que los menores de edad eran inimputables, se les estaba suprimiendo la posibilidad de que cometieran actos dolosos, en el entendido que el dolo se compoñía de un elemento volitivo (querer) y otro intelectual (comprender) y, por lo tanto, no eran sujetos de culpabilidad, que era confundida con la responsabilidad.

La situación de que los sujetos que caen bajo el supuesto de la minoridad no pudieran ser responsables, ha sido ampliamente superada, al comprobarse que cualquier individuo, aunque esté incapacitado para la comprensión, es capaz de actuar con voluntad y ésta integra al llamado "dolo natural", que aleja al momento intelectual.

BOCKELMANN opina: "También la enfermedad mental, la inmadurez y la infancia, permiten actuar y actuar también dolosamente", (1482) y aclara que esto no sucede en todos los enfermos mentales. "La decisión y la manifestación de voluntad de un ladrón de manzanas son las mismas en un autor de trece años y en uno de dieciocho". (1483)

Se estima que el incapaz de culpabilidad (dolosa), no era responsable, por carecer de conciencia, aunque esto no es exacto. El mismo autor explica: "Aun el incapaz de culpa puede decirse que no obra sin conciencia de lo injusto; los jóvenes la poseen normalmente", (mientras que no exista otra causa de incapacidad). (1484)

Vamos a quedar de acuerdo en que todos los hombres, sea cual fuere su edad, tienen capacidad para realizar actos volitivos y para comprender sus consecuencias, en la medida que haya madurado su inteligencia y en que solamente remanentes inimputables, a quienes realmente lo sean, debido a un trastorno mental permanente.

Hay otra posición más coherente y pugna por que los menores de dieciocho años de edad salgan de la esfera de la normatividad jurídico-penal, para recibir un tratamiento diferente, que reclama una tutela especial por parte del Estado, de la cual todavía se cuestiona su eficacia, porque sus resultados no son los que debieran.

Esta tesis originó que en el año de 1976, en nuestro país, fuese derogado el Capítulo correspondiente del Código Penal, que se refería a la responsabilidad de los menores y que cada uno de los estados de la República promulgase su ley tutelar, con la consecuente creación de los consejos tutelares para menores infractores.

(1482) BOCKELMANN. Relaciones entre Autoría y Participación, p. 64. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1960.

(1483) *Idem*.

(1484) BOCKELMANN. *Idem*, p. 65.

Lo que aún preocupa un poco, es el hecho de determinar si los criterios en que se han basado para considerar la edad límite, son los correctos, puesto que pervive la inquietud de saber con certeza si los menores de dieciocho años tienen o no capacidad para delinquir y ser responsables, o si precisan de esa tutela especial.

Por supuesto, reconozco que la edad tiene cierta relación con la madurez, pero no es determinante, puesto que se ha comprobado a plenitud que los individuos no tienen un grado de evolución estándar, que nos permita ubicarlos en una clasificación determinada, que además sea exacta e infalible.

Las generaciones actuales se distinguen por haber rebasado de plano la madurez que poseían sus antepasados a cierta edad. En verdad, no todos los niños y adolescentes son prodigios y aspirantes a genios; empero, los avances en la ciencia y en la tecnología los hacen superiores a los de antaño, en todos los aspectos.

El grado de madurez está ligado a la inteligencia personal y a esta la defino como la capacidad de cada individuo de enfrentarse a determinadas situaciones y salir adelante, frenando sus impulsos y adaptándose a las condiciones. Ni que discutir que proclamo la existencia de un hombre totalmente libre.

La inteligencia es una facultad humana, que puede ser educada conforme a los principios del núcleo social considere aceptables; en la medida en que un sujeto recibe educación, aprenderá a obrar en forma inteligente y saldrá airoso de cualquier problema al que tenga que enfrentarse.

A la edad de doce años, una persona puede obrar perfectamente con inteligencia y externar actos volitivos, comprendiendo su alcance y su repercusión en la sociedad en la que se desenvuelve, aunque este no sea un principio que se cumpla a pies juntillas, puesto que, como todos, admite sus excepciones.

Sobre esta consideración, propongo la responsabilidad en el ámbito de la punición de las personas mayores de doce años de edad, puesto que estimo que tienen plena capacidad delictiva y por lo tanto, pueden cometer conductas que integren un delito en el mundo jurídico-penal y responder por las consecuencias que éste genera.

Por supuesto, que el tratamiento que habrán de recibir, tiene semejanzas y diferencias con el que les corresponde a los adultos, en el entendido que, para tenerlos como responsables en el área de la punición, ha de tomarse en cuenta el grado y el estado de su madurez intelectual, para saber si son capaces o incapaces.

Si bien es cierto que podría decirse que con ello se propician las injusticias, invocando ese sentido paternalista que aborrezco, no es menos veraz afirmar que recibirán un trato más justo porque, de todas maneras, será muy semejante al que se les ha dado que, a todas luces, les conculca los derechos que deben serles respetados.

Vamos a ver: ¿Cuál es el tratamiento actual del menor de dieciocho años de edad, que ha realizado una conducta que en un código está prevista como delito? O, peor aún, si únicamente es considerada como antisocial, por resultar lesiva a sus intereses o a los de los miembros de su entorno familiar.

Si el menor es presentado ante una Agencia del Ministerio Público, se lo exhorta para que declare con verdad y lo más pronto posible, se lo pone a disposición del Consejo Tutelar para Menores, cuyos miembros le nombran un consejero, para que se haga cargo de su asunto y sin que el chico pueda decir.

En el Consejo Tutelar desaparecen sus garantías individuales y bajo el criterio de sus integrantes, va a determinarse si cometió el sedicente delito o la conducta antisocial y si es procedente, se lo separa de su núcleo familiar, para internarlo en "hogares sustitutos", en donde no le va muy bien que digamos.

Al llegar a las "escuelas del delito", si no tenía malas tendencias, las adquieren y si las poseía, las perfecciona. Separado de su familia, buena o mala, es presa fácil de los bajos instintos; después de todo es un pobre "adolescente" y no tiene madurez de juicio, según lo han considerado.

En mi tesis se propugna una Ciencia Jurídico-Penal respetuosa de los derechos que posee el género humano por naturaleza, sin falsos poderes que la hagan injusta. La vida cotidiana nos demuestra la existencia de sujetos menores de dieciocho años de edad, con plena capacidad delictiva, que cometen actos atroces queriéndonlos y comprendiéndolos a la perfección.

Si el estudio de personalidad, que debe practicársele a todo individuo que llega a una Agencia del Ministerio Público, por estar implicado en un delito, a título de interviniente, arroja en sus resultados que el mayor de doce años de edad tiene capacidad para extemar conductas delictivas y comprender su relevancia social, debe hacérsele responsable.

Su responsabilidad, desde luego, no se equipara a la de los adultos; es similar y por ende, tiene sus diferencias. Un sujeto mayor de doce años y menor de dieciocho que resulte responsable en el área de la punición, va a ser pasivo de penas o medidas tutelares que, principalmente, van a atender al aspecto de su readaptación.

Solamente a las personas menores de doce años va a considerárselas alejadas del sistema punitivo y que se haga con ellas, lo que el Estado considere pertinente. Aunque estimo que el tratamiento que debe aplicárseles solamente debe segregarias de su entorno vital, en casos excepcionales, cuando realmente la familia sea causa de sus males.

El hecho de considerar que los mayores de doce años de edad y menores de dieciocho, sean sujetos del área punitiva, no se finca nada más en serretarlos a las penas respectivas, con un carácter retribucionista, sino que, por un lado, es con el fin de salvaguardarlos los derechos garantizados en la CPEUM y por el otro, de tutelar los intereses de los ofendidos.

Las consecuencias que se derivan de un delito, no son únicamente el privar de la libertad al responsable de él; como sabemos, derivan también en la compensación del daño causado al ofendido o a sus causahabientes que, por supuesto, también son mercedores de la tutela estatal aún con más derecho, puesto que superiores que son los que se portan bien.

Desde luego, no todos los individuos que oscilan entre los doce y los dieciocho años de edad son económicamente capaces para responder de las consecuencias que genera el delito y pueden compensar el daño que han causado, aunque para eso existen las reglas de la responsabilidad subsidiaria, que dictan que los menores deben ser respaldados por los adultos.

Así, cuando un menor de edad penal quede sujeto a la condena del pago de la compensación del daño, serán responsables subsidiarios de él, sus padres, sus directores o sus tutores y en última instancia, el Estado, para que el sujeto pasivo del delito o sus causahabientes no queden desprotegidos, a pesar de haber sido víctimas.

La postura no es rigorista, porque mucho se ha repetido que la política penal debe alejarse de un paternalismo falaz, para que realmente cumpla con la función de tutela de los intereses y los derechos de todas las personas que se hallan agrupadas en el Estado. Basta de consentir a unos y desamparar a otros.

Los lindeamientos para probar y comprobar la existencia del delito y de la responsabilidad, en tratándose de personas que caen bajo el supuesto de la minoridad, son similares a los de los mayores; a unos y a otros deben compararse los mismos supuestos de inexistencia del acto y de irresponsabilidad, en su caso.

Voy a considerar que los individuos cuyas edades fluctúan entre los doce y los dieciocho años, son perfectamente capaces para ser sujetos del área de la punición y que deben recibir un tratamiento adecuado a su madurez intelectual, que sea diferente al de los adultos, a quienes se supone más maduros.

(221) LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Con respecto a la responsabilidad del Estado, puedo decir que es un tema que causa muchas preocupaciones en nuestros días, que principalmente lo han introducido a la Ciencia Jurídico-Penal y lo defienden, los criminólogos, aunque no deja de ser interesante el hecho de que nos cuestionemos si el aparato estatal debe responder por sus miembros.

Esto halla relación con el poder de sancionar, que también ha sido muy vapuleado, porque la función de tutela que los gobernados le confieren al Estado genera derechos y obligaciones, los cuales tienen que cumplirse a carta cabal, cual si se tratara de un diligentísimo padre de familia, porque esa es la relación que surge entre él y su pueblo.

Debemos recordar aquí los orígenes de la sociedad civil. El individuo no podía permanecer aislado de los demás, su naturaleza eminentemente social lo lleva, primero a buscar a su pareja, luego una familia, posteriormente un pequeño grupo, para llegar al fin, a la sociedad y adquirir un concepto de pueblo o nación.

En cada una de estas agrupaciones, debería existir un jefe, para frenar la anarquía; alguien que llevara el mando y no solamente eso, sino que velara por la seguridad de los integrantes del grupo; es decir, que realizara una función de tutela, para procurar la supervivencia del núcleo, atendiendo a sus intereses particulares y generales.

Al momento que se constituye la sociedad, hipotéticamente, cada uno de sus integrantes acepta hacer la cesión de una parte de su libertad para ejercer sus derechos naturales, en beneficio de sí mismo y de los demás y delega el poder de velar que ese pacto sea cumplido, a los miembros del Estado naciente.

De esta manera, el aparato estatal toma el mando del gobierno de la sociedad y adquiere los derechos y las obligaciones que le brinda tan distinguida investidura. Así como goza de la titularidad de la pretensión punitiva, también tiene la obligación de establecer una política penal efectiva de lucha contra el delito.

Una parte de ese combate la realiza con la función legislativa, cuyos órganos se encargan de elaborar los catálogos de normatividad que constituyen los parámetros indicativos de las conductas que se consideran como delictuosas; ello da pie, para que pueda tener vida la pretensión punitiva estatal.

A esta última la podemos dividir en tres fases, que son: 1. La acusación. 2. La decisión. 3. La ejecución. Ellas corresponden a los poderes ejecutivo (la primera y la tercera) y judicial (la segunda) y con esto, solamente se cumple una fracción de la política estatal, en el entendido que con ello no se extirpa el delito.

Las tareas del legislador y de los titulares de la pretensión punitiva, aunque se cumplan religiosamente, no evitan al delito, habida cuenta que sólo nos ayudan a saber cuáles conductas son consideradas como delictuosas, si integran realmente un delito, si generan responsabilidad y cuál es el tratamiento que debe dársele a su autor.

Con esto no se combate al delito, mas que en una pequeña medida, porque es una lucha a posteriori; o sea, cuando las conductas delictivas han sido realizadas y si algo bueno se logró, será únicamente con las personas que hubieren intervenido en ellas, bien sea como sujetos activos o pasivos.

Hace falta que la política penal se concrete en situaciones a priori, que de alguna manera procuren que los delitos no se realicen. A mi juicio, ésta es una función formalmente ejecutiva, que debe ser desarrollada por órganos específicos, con atribuciones bien definidas y que aún no existen en nuestro país.

Principalmente, el combate efectivo de los delitos sólo puede ser llevado a cabo por medio de la educación. No dudo que participen otros factores, aunque éste es el que adquiere capital importancia, porque parte del supuesto que tratamos con hombre libres, que están dotados de inteligencia.

Si logramos educar la facultad intelectual de los seres humanos, les estamos brindando una mayor capacidad a su inteligencia y los posibilitamos para enfrentarse a cualesquiera de las situaciones que se les presentes y salir airosos, sin que lleguen a sucumbir ante las influencias nefastas.

En el área penal, ésta es la función más importante y difícil del Estado; empero, tiene que cumplirla y si no lo hace, da pie para que se gaste su responsabilidad por ello y si no les responde a los delincuentes y al resto del núcleo social, por lo menos que lo haga económicamente con las personas ofendidas o con sus causahabientes.

Al lado de la responsabilidad por haber intervenido en el delito, se genera la carga estatal de responderle a las personas que resulten afectadas por su comisión, por no haber adoptado una política penal efectiva y así, concluyo que el Estado debe ser responsable solidario y subsidiario del delincuente.

Sigo pensando por que al ofendido le sean respetados sus derechos y sostengo que no tiene porqué quedarse con los daños y perjuicios que le fueron causados como motivo del delito, bajo algun pretexto. Se colige que en estos casos, ha resultado víctima y no victimario y si se lo perjudicó, hay obligación de resarcirlo.

El Estado debe procurar que las personas que adoptan las normas de conducta preestablecidas y que tratan de no desviar su cauce hacia el delito, gocen de ciertas prerrogativas, porque ese respeto les proporciona seguridad y los orienta en las obligaciones debidas, convirtiéndolos de que vale la pena respetar el orden jurídico.

De otra manera, se estaría propiciando la justicia de propia mano, al hacerseles sentir que los catálogos legales y el poder del aparato estatal no son efectivos, porque al final de cuentas, su asunto termina con la absolución del responsable en la segunda instancia (por errores de la primera) y los ofendidos, se quedan con los daños y perjuicios que les fueron causados.

La tarea estatal de tutela del núcleo social se asemeja a la labor de un padrú de familia, quien debe velar por la seguridad de todos sus integrantes, procurando que a cada uno le sean respetados sus derechos y que, a la vez, cumpla con sus obligaciones. No debe tener preferencias que favorezcan a alguno.

Si el poder familiar asume la responsabilidad por los actos que cometen sus dependientes, no veo porqué al estado no deba hacerlo, si el incremento en la cifra delictual le es imputable a su mala administración, por no poner el empeño que debe en los asuntos que resulten de relevancia para el orden social.

Imaginemos cómo sería la vida en una familia en la que la cabeza actúa en forma injusta, cuando uno de los miembros ha cometido una mala acción en contra de otro y deja sin sanción al primero y sin satisfactor al segundo. Sería el caos, porque daría lugar a que a quien se lo ofendió, reacciones, haciéndose justicia por sí mismo.

El dirigente del núcleo tiene el cometido de volver al orden al infractor y de procurar la satisfacción de la persona que ha sufrido la ofensa. Por ello, la pretensión punitiva y la política penal se delegan en el Estado, a la vez que se lo hace responsable, cuando sean llevadas a la práctica en forma deficiente.

(222) LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE UN ACTO ILICITO PENAL.

Los actos ilícitos penales generan consecuencias no solamente dentro del área de la sanción, sino también por cuanto hace al ámbito civil, por cuya vía puede ser tramitada la responsabilidad de estado, si el daño generado por la comisión de un acto antijurídico, aunque no hubiere llegado a integrar un delito.

Esta es una manera de obtener el pago de la compensación del daño, que puede hacerse efectiva en cuatro etapas distintas: 1. Sin que se haya iniciado el procedimiento penal. 2. Cuando se ha agotado el procedimiento penal, sin que se hayan comprobado el delito o la responsabilidad. 3. Al culminar el procedimiento penal con la absolución del sentenciado, por cuanto hace al resarcimiento de los daños y perjuicios. 4. En forma concomitante al procedimiento penal.

He sostenido en forma reiterada, que el ofendido por el delito tiene que obtener necesariamente la reparación del daño ocasionado por la conducta ilícita de su ofensor y si ello no es posible, un satisfactor de orden económico, al que se llegará de ser imposible la resolución anterior, y a esto le he llamado "compensación del daño".

En mi consideración, éste debe ser uno de los principales objetivos del procedimiento penal; habida cuenta que lo que más le interesa a la persona que ha sufrido las consecuencias de un comportamiento delictuoso, es que se ver satisfechas sus pretensiones, por cuanto hace a los daños y perjuicios que le fueron causados.

La pretensión punitiva estatal se centra en el *ius puniendi* y abarca también, la condena al pago de la compensación del daño; empero, lo que para el Estado es un objetivo general y mediato, para las víctimas de los delitos se convierte en específico e inmediato, porque lo único que les interesa, es que sus daños y perjuicios les sean resarcidos.

Es un derecho del ofendido por el delito, el escoger el momento en que quiere tramitar la responsabilidad civil derivada de un acto ilícito penal. Aunque esta regulación es propia del catálogo de la normatividad procesal penal, tiene injerencia en el ámbito del derecho subjetivo, puesto que la compensación del daño es un instituto propio de la Ciencia Jurídico-Penal.

Se habla de una responsabilidad civil derivada de un acto ilícito penal y no de un delito, en virtud que la autoridad judicial que no se dedica al ámbito punitivo, no puede bajo pretexto alguno, ocuparse de integrar delitos y responsabilidad penal, porque estas no son cuestiones de su competencia, en lo tocante a la materia.

Para establecer diferencias tajantes entre las vías civil y punitiva, el término "delito", lo cambiamos por el de "acto ilícito penal" y la denominación "responsabilidad penal" será reemplazada por "responsabilidad civil" y de esta manera se salva la invasión de jurisdicción, en cuestiones relacionadas con las materias.

Es con el fin de asegurar que la persona que ha sido ofendida por los resultados de una conducta tipificada como delito, sea resarcida de los daños y perjuicios que le fueron ocasionados, que se prevén las cuestiones de la responsabilidad civil derivada de un acto ilícito penal; siempre con la mira de lograr la justicia distributiva.

(223) LA MANERA DE VALORAR LA RESPONSABILIDAD.

El procedimiento que las autoridades ministerial y judicial deben seguir para valorar la responsabilidad por la intervención en el delito es el siguiente: Una vez que ha sido probada o comprobada la existencia del ente jurídico-penal al establecer en forma clara que se finca el juicio de reproche al comportamiento asumido, debe seguir el juicio de imputación.

A través de ese enjuiciamiento, vamos a establecer que una determinada persona debe responder por haber intervenido en la comisión de la conducta que integra un delito en el mundo jurídico-penal, demostrando en forma clara que proviene de él, que es suyo y que por eso, deben serle individualizadas e impuestas las consecuencias que prevé el marco de la normatividad.

Lo primero que se establecerá es a qué persona vamos a considerar como presunta o plenamente responsable; posteriormente, debe determinarse por qué se le tiene con ese carácter, fundamentando y motivando su grado de intervención en el delito y finalmente, se hará la declarativa de la autoridad en el sentido que si se encuentra probada o comprobada su responsabilidad.

Para la prueba o la comprobación de la responsabilidad, es obvio que vamos a emplear los mismos elementos que integran el haz probatorio y esto no se presta a discusión en alguna línea, aunque exista quien critique este planteamiento, argumentando que las pruebas para el delito y para la responsabilidad tienen que ser distintas.

Se utilizará el mismo material que se ha usado en la comprobación del delito, puesto que éste integra con las constancias del expediente y no pueden las autoridades ministerial y judicial, sacarse otras probanzas de la manga, para darles gusto a las personas que se dedican a hacer críticas sin fundamento.

Hay ocasiones en que las pruebas que se utilizan en la integración del delito y para demostrar la responsabilidad son diferentes, aunque hay que aclarar que éstas deben estar en el procedimiento (según se trate de la etapa de averiguación previa o del proceso), para evitar que sean conculcados los derechos individuales garantizados en materia penal.

(224) LA IRRESPONSABILIDAD

Las únicas causas de irresponsabilidad que pueden presentarse son las siguientes: 1. Cuando las pruebas sean insuficientes o inaptas para demostrar su existencia. 2. Cuando falte alguno de los requisitos del acto de autoría penal, a saber: El fundamento o la motivación.

En estos casos, el procedimiento penal debe culminar con la declarativa estatal que no ha quedado demostrada la responsabilidad penal o social de la persona enjuiciada. Las consecuencias de ello, es que no puede generarse una sola de las consecuencias punitivas que prevé la legislación. Por lo tanto, no hay sanción.

(C) LOS CUADROS SINOPTICOS.

(a) LA SITUACION PROBLEMATICA DE LA INTERVENCION.

LA SITUACION PROBLEMATICA DE LA INTERVENCION

- a) Los delitos consumados y en grado de tentativa: Si puede haber un problema de intervención en el delito.
- b) La participación en la participación: No hay: Todo acto participativo, es participación.
- c) La intervención y la intención: Puede haber un problema de intervención en la intención directa (dolo); en la intención indirecta (culpa) y en la intención mixta (preterintencionalidad), no puede darse.
- d) Las acciones y las omisiones: Ambas admiten el problema de la intervención en el delito.

(b) LA INTERVENCION EN EL DELITO.

a) LA DENOMINACION

Clásica: Autoría y Participación.

Moderna: Intervención en el delito.

b) LOS REQUISITOS

- 1. La intervención de dos o más personas.
- 2. Un aporte cualquiera.
- 3. En forma consciente, deliberada y efectiva.
- 4. El intento o la consumación.
- 5. La responsabilidad de todos.
- 6. Aunque no lo hubieren realizado materialmente.

c) EL CONCEPTO

Cuando algún sujeto quieren hacer un aporte efectivo, conociendo la situación, para que otro intente o consume un delito.

d) LAS DIFERENCIAS

- I. Los tipos con requisitos del sujeto activo: Ejemplo: El incendio, que requiere de dos sujetos activos. **NO HAY INTERVENCION.**
- II. Las figuras típicas: Ejemplo: La inducción o la ayuda al suicidio. **NO HAY INTERVENCION.**
- III. Las figuras participativas no sancionadas: Ejemplo: El estupro, para la mujer que otorga el consentimiento. **NO HAY INTERVENCION.**

(C) LOS PRINCIPIOS DE LA TEORIA DE LA INTERVENCION.

- a) La Identidad del tipo.
- b) La Convergencia objetiva y subjetiva.
- c) La Irreductibilidad.
- d) La Exterioridad.
- e) La Comunicabilidad.
- f) La Accesoriedad.
- g) El Estructuralismo (Escuela Ecológica).

1. El Hecho común (resultado unitario).

2. La Responsabilidad Individual.

h) MI OPINION:

3. Los Aportes de Cualquier Tipo.

4. La Intervención Real o Personal.

5. La Accesoriedad del Hecho Principal.

6. La Convergencia Objetiva y Subjetiva.

(D) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1. BOCKELMAN. Relaciones entre Autoría y Participación. 2. FIERRO. Teoría de la Participación Criminal. 3. FONTAN BALESTRA. Derecho Penal. Introducción y Parte General. 4. GONZALEZ ROURA. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 5. GROZZARD Y COMEZ DE LA SERNA. El Código Penal de 1870. 6. JIMENEZ DE ASUA. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. 7. NUÑEZ. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. 8. SAINZ CANERO. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo III. 9. SOLER. La Raíz de la Culpabilidad. Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad de James Goldschmidt. 10. TERAN LOMAS. Derecho Penal. Parte General. Tomo 2. 11. THOT. Estudios Históricos de Derecho Penal Oriental. 12. THOT, Ladislao. Historia del Derecho Penal Árabe. 13. THOT, Ladislao. Historia del Derecho Penal Hindú.

LA NUEVA ESTRUCTURA DE LAS SANCIONES PENALES.

S U M A R I O :

LA NUEVA ESTRUCTURA DE LAS SANCIONES PENALES. LA TEORÍA GENERAL DE LAS SANCIONES PENALES: (A) LAS NOCIONES GENERALES: (225) Las Noticias Históricas de la Pena. (226) Las Fases Evolutivas de la Penalidad. (B) MI TEORÍA: (227) El Fundamento de las Sanciones Penales. (228) Las Instancias de las Sanciones Penales. (229) Los Niveles de las Sanciones Penales. (230) Las Normas Constitucionales Relacionadas con las Sanciones Penales. (231) La Función de las Sanciones Penales: (a) Las Ideas Tradicionales. (b) La Teoría de la Reacción Estatal. (232) Las Sanciones Penales como Género. (233) Las Características de las Sanciones Penales. (234) Las Sanciones Penales y Las Garantías del Individuo. (235) Las Penas: (236) La Privación de la Vida. (237) La Privación de la Libertad Corporal. (238) El tratamiento Especializado para Rehabilitación Corporal. (239) La Multa. (240) La Compensación del Daño. (241) El Decomiso. (242) La Suspensión o Privación de Derechos. (243) La Publicidad Especial de Sentencia. (244) La Intervención, Remoción, Suspensión o Disolución de Agrupaciones. (245) Las Penas Tutelares. (246) Las Medidas de Tratamiento Especializado. (247) Las Circunstancias que Influyen en la Individualización e Imposición de las Sanciones Penales: (a) La Premeditación. (b) La Situación Problemática de la Alevosía. (c) La Ventaja. (d) La Situación Problemática de la Ventaja. (e) La Traición. (f) La Situación Problemática de la Traición. (g) La Pandilla. (h) La Situación Problemática de la Pandilla. (i) La Cuadrilla. (j) La Situación Problemática de la Cuadrilla. (k) La Cuadrilla. (l) La Situación Problemática de la Cuadrilla. (248) Los Beneficios Penales: (a) El Otorgamiento de los Beneficios Penales. (249) El Cese de la Pretensión Punitiva Estatal. (C) LOS CUADROS SINÓPTICOS. (a) Las Fases Evolutivas de la Penalidad. (b) El Fundamento de las Sanciones Penales. (c) La Función de las Sanciones Penales. (d) Las Sanciones Penales. (e) Las Penas. (f) Las Medidas de Tratamiento Especializado. (g) Los Beneficios Penales. (h) Las Circunstancias Atenúantes y Agravantes Generales. (i) El Cese de la Pretensión Punitiva Estatal. (D) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

SECCION CUARTA

LA NUEVA ESTRUCTURA DE LAS SANCIONES PENALES

"El que derrama sangre del hombre, por el hombre su sangre será derramada; porque á imagen de Dios es hecho el hombre".
LA BIBLIA.

LA TEORÍA GENERAL DE LAS SANCIONES PENALES.

Desde el momento en que el hombre descubre al hombre, surgen a la vida las conductas contrarias a la solidaridad que le debe que, por su reiterada ejecución, van a ser consideradas como delictuosas en un primitivo proceso de tipificación, en el cual forzosamente habría de cumplirse el principio de la mínima intervención penal.

A la mayoría de las personas que habitan el orbe empieza a preocuparle los principios que guían a la ciencia jurídico-penal, realmente hasta el momento en que se ve implicada en una relación procesal, aunque no con interés científico, sino más bien por una sola cuestión: Para saber cuál es el castigo que puede tocarle al ser enjuiciado?

El aspecto que más le importa al ser humano de toda la variada temática que compone a la ciencia jurídico-penal es aquel que está relacionado con las sanciones penales, con todos los recobros y consecuencias que esto implica porque, según me parece, no se ha encontrado otro medio más efectivo para luchar en contra del delito.

CARNELUCCI habla de los delitos, exponiendo en su obra que: "Su misma naturaleza, fundada en la oposición al bien común, demuestra que la sociedad, si quiere vivir, tiene que reaccionar contra ellos. Y, a propósito, se desarrolla, en cierta medida, una verdadera lucha, como ocurre con las enfermedades" (1485)

En la lucha contra el delito, en sus aspectos de prevención, sanción y combate, el medio más efectivo ha sido hoy por hoy, la amenaza, la imposición y la ejecución de las sanciones penales (o penas), tal vez no sea el más eficaz, aunque según observo, es el único que se nos ha ocurrido desde los tiempos más remotos del llamado "Derecho Penal".

El mismo CARNELUTTI nos dice: "La más antigua de las armas empleadas por el hombre en esta lucha es la pena. Pero, ¿no tenemos otras que sirvan para el mismo fin? La respuesta afirmativa debe ser considerada ya como una conquista indestructible de la ciencia; más bien de la civilización". (1486)

Continúa expresando: "Entre dichas armas se habla actualmente de las medidas de seguridad. Su utilidad, y por ello, su legitimidad no pueden ser discutidas. Pero el campo de batalla es más vasto, o mejor limitado; el maestro el sacerdote, el médico, el abogado combaten al lado del juez y de sus auxiliares". (1487)

A mi entender, la noción de penas y de medidas de seguridad no difiere en esencia, mucho menos con el sentido que se les ha dado a esos conceptos, como voy a demostrar en el transcurso de esta exposición, sus distinciones son únicamente de grado y su función debe ser la misma: Procurar la rehabilitación del condenado.

Los dos problemas centrales en la doctrina de la ciencia jurídico-penal lo son el delito y la pena, en torno a ellos es desenvuelta toda nuestra situación problemática y no es que los juspenalistas le pongan muy poco interés al resto de la temática, desdendiendo las teorías de la ley penal y de la responsabilidad. (1488)

Lo que sucede es que, precisamente por su gran relevancia y por su propio contenido que de por sí es muy extenso, las teorías del delito y de la pena se amplían y los autores penalistas centran su atención en resolver los problemas que les son propios y dentro de esta hipótesis, prepondera el estudio de la teoría del delito. (1489)

(1486) CARNELUTTI. Teoría del Delito. p. 2. Editorial Argos. Cali, Colombia.

(1487) CARNELUTTI. Op. cit.

(1488) Esta es la opinión que tiene DE LA BARRERA, cuando expresa: "Hasta la fecha, y con pocas excepciones, las preocupaciones de los juspenalistas mexicanos se han centrado en la teoría del delito y ha sido escaso el interés por la teoría de la pena. En cuanto a la teoría de la ley penal, es significativo que se han excluido, prácticamente el tipo y la punibilidad (es decir, los integrantes de la norma jurídico-penal); todo parece sugerir que la teoría del delito conduce a la consolidación de la teoría del derecho penal, que lograr una sólida teoría del delito es la vía para desarrollar la ciencia del derecho penal. Punibilidad, Punición y Pena. Substitutivos y Correctivos de la Pena. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 87. 83. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal. La postura puede ser atacada o justificada, según nos parezca más adecuado. Por un lado, tenemos que la afirmación del autor es cierta: Se encuentra poco de la teoría de la pena en los libros dedicados al Derecho Penal; aunque por el otro, puede decirse que la tarea de estudiar los aspectos íntimos de la pena ha sido delegada en favor de otra de las disciplinas que integran el cuadro de las Ciencias Penales, que es la Penología.

(1489) En realidad, el motor central en el estudio de la Ciencia Jurídico-Penal lo es el delito y su atención está centrada precisamente en dilucidar las cuestiones problemáticas que el plantea acerca de la pena. La opinión que toma en cuenta, se pregunta si tiene un futuro la Dogmática Jurídico-Penal. Le respondemos que sí, que como toda la Ciencia Jurídico-Penal tiende a perfeccionarse, que la Dogmática está en constante evolución y tal vez, los que no tengan un buen futuro sean los dogmáticos, que no se preocupan por ampliar sus conocimientos y se contentan con repetir lo que afirman los demás, sin cuestionarse si son verdades o falsedades. La dogmática también se propone innovaciones. MIR PUIG va más allá, sosteniendo que los mismos resultados que tiene la dogmática pueden ser conseguidos con una lectura inteligente del Código Penal; a él le puedo decir que tal vez sea verdad lo que sostiene, pero que hay pocos hombres que hagan lecturas inteligentes y los que las hacen, son precisamente los verdaderos dogmáticos. Cfr. GIMBERNART. ¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídico-Penal?, pp. 87/109. Problemas Actuales de Derecho Penal y Procesal. Salamanca, 1971. MIR PUIG. Dogmática Creadora y Política Criminal, p. 216. Reveu Internationale de Droit Penal. Número 1. Paris, 1978.

Otro aspecto que también cuenta muchísimo, es que las materias interdisciplinarias han venido a desdójarse en el buen sentido del término, a la Ciencia Jurídico-Penal de algunos de sus temas y que las teorías de las penas, de las medidas de seguridad y del delincuente pertenecen al Derecho Penitenciario, a la Penología o bien, a la Criminología.

Aun con todo esto, es muy importante que les aclare que en el sistema que propongo y voy a tratar lo referente a las sanciones penales (penas y medidas de tratamiento especializado), puesto que intento que sea la base de un proyecto de legislación punitiva y este es uno de los aspectos que se encuentran inmersos en los catálogos de normas.

(A) LAS NOCIONES GENERALES.

La falta, la culpa y el castigo son conceptos cuya aplicación es perfectamente válida en cualesquiera de las áreas del acontecer humano, inclusive en el mundo de la juridicidad. En el aspecto jurídico-penal su denominación habrá de variar, para quedar como sigue: Delito, responsabilidad y sanción, respectivamente.

Los principios jurídicos que fueron instituidos en la sociedad, básicamente con el fin de regular todos los supuestos que hacen referencia a la falta, la culpa y el castigo, dieron origen a las normas. Tienen en la mira la conservación y tutela del grupo y determinadas conductas se tipificaron como delitos, para proteger expresiones fundamentales del derecho.

En ese intento, las conductas delictuosas fueron asociadas a una cierta consecuencia, para funcionar como un mecanismo coactivo que impidiera su realización. Esa consecuencia, técnicamente recibe el nombre de sanción penal y también tiene que ser asociada a otro mecanismo coactivo, tendiente a ejecutar la amenaza y cumplir con la tutela.

La medida del interés social de conservar algunos valores jurídicos nos va a llevar a establecer la magnitud de la sanción penal y a descubrir en qué proporción debe intervenir la juridicidad penal en la vida diaria del hombre, legitimando de esta manera la existencia del ius poenale y del ius puniendi (derecho penal y derecho de sancionar penalmente los delitos).

CARNELUTTI afirma: "La más antigua forma de esta intervención es, naturalmente, la que se refiere a la pena, y consiste en atribuir a ciertos hombres el poder y el deber de castigar al que comete alguno de tales actos dañosos para la vida social. Esta intervención del Derecho determina el nacimiento del Derecho penal". (1490)

Directamente, las normas jurídico-penales se avocan a los aspectos de prevención general, prevención especial y valoración de las conductas que están en posibilidad de constituir delitos, con las consecuencias que se generaran. El resto de los aspectos relacionados con este fenómeno, lo analizarán las disciplinas que forman las Ciencias Penales.

La materia Jurídico-Penal, en su totalidad, ha intentado el estudio minucioso de cada uno de los elementos del delito y de las consecuencias que genera su comisión, aunque también le corresponde enfocar su atención a los Aspectos íntimos de las sanciones penales y crear así, las teorías generales del delito y de la pena.

En este apartado habré de centrar mi dedicación en exponer todo aquello que está relacionado con las sanciones penales, procurando un análisis, aunque sea breve, de las penas, de las medidas de tratamiento especializado, de los beneficios penales y de las excusas absolutorias, desde el punto de vista del sincretismo penal y de la teoría tradicional.

(225) LAS NOTICIAS HISTÓRICAS DE LA PENA.

La historia de la teoría de las sanciones penales (sólo penas, en un principio), tal y como lo hace la evolución de la teoría del delito, nos lleva a remontarnos a los orígenes de la humanidad, puesto que las infracciones y las reacciones punitivas nacen con el hombre, se desarrollan a la par y, al parecer, morirán con él.

(1490) CARNELUTTI. Teoría del Delito. p. 2. Editorial Argos. Cali, Colombia.

Realmente, no entiendo qué es lo que pasa, pero parece ser que la ciencia no ha encontrado otra forma de reaccionar ante los delitos, que no sea la de imponer y ejecutar una pena o una medida de tratamiento especializado que, aunque quiera hacerse más técnica, lleva su misma idea: La expiación de la culpa y el arrepentimiento del sujeto.

Además, considero que si queremos seguir teniendo un "derecho penal", es imprescindible que conservemos la idea de que la respuesta al delito debe ser siempre punitiva, a menos que se considere que las faltas graves que atacan derechos fundamentales merecen un premio y en vez de mantener nuestra disciplina, la tornemos en un "derecho penal".

La misma idea sostiene a CARNELUTTI, cuando nos explica: "Si un nuevo Pasteur inventase una vacuna milagrosa contra el crimen, es seguro que desde ese momento policía, prisiones y cadenas quedarían relegadas a los museos, y el Derecho penal quedaría reducido a un capítulo de la historia jurídica". (1491)

El concepto de la pena (mejor aún, de las sanciones penales, para abarcar las medidas de tratamiento especializado), irá evolucionando a la par de la humanidad, al igual que su fundamento y su función; aunque sea como fuera, siempre debe ser equiparado a un mal, que debe ser infringido al autor del delito, aun en contra de su voluntad.

Desde antiguo, la imposición de la pena se encuentra ligada a las orientaciones llevadas y traídas a cabo por los reyes o sacerdotes, que fueron considerados como seres divinos, depositarios del poder espiritual; con la ejecución de las penalidades se trataba de disminuir la ira ocasionada a los dioses, por la comisión del delito. (1492)

En los pueblos del lejano Oriente las disposiciones legales no se en contraban agrupadas en codificaciones y muchísimo menos, por especialidades; así es que los preceptos normativos se hallaban influenciados más bien por ideas de índole religiosa que jurídica, con la excepción de la vieja ciudad de BABILONIA.

Dos mil trescientos años antes de Cristo, en esta Ciudad, tuvo injerencia el CODIGO DE HAMMURABI, que se aparta de ese sentimiento religioso que guiaba a los demás pueblos del Oriente, en el cual se diferenciaba entre hechos voluntarios y culposos, aunque por lo que respecta al castigo, en él imperaba la LEY DEL TALION.

El Derecho penal israelita es tomado del PENTATEUCO (los cinco primeros libros del Antiguo Testamento de la BIBLIA), que nos dice que el derecho a castigar dimana de Dios y que el perdón del creador se ruega a través de la expiación; el fin de la pena es la contricción y la intimidación y se la mide con el TALION.

También en CHINA el derecho punitivo es sagrado y la responsabilidad por el delito continúa aún más allá de la tumba; todos sus preceptos se encuentran en el LIBRO DE LAS CINCO PENAS. (1493) La segunda etapa del DERECHO CHINO añade dos penas a las ya existentes, aunque incorpora nuevas disposiciones para hacerlo menos cruel. (1494)

(1491) CARNELUTTI. Teoría del Delito. p. 2. Editorial Argos. Cali, Colombia.

(1492) Las ideas históricas que brindo a continuación fueron obtenidas de MARQUEZ PINERO. Derecho Penal. Farte General. Tema 3, pp. 38 y ss. Editorial Trillas. México, 1986.

(1493) Las cinco penas eran: La amputación de la nariz y de las orejas, la obturación de los orificios del cuerpo, las incisiones en los ojos y la muerte.

(1494) Las dos penas que se añadieron fueron la ceguera y la tortura. Se ordena considerar los móviles del delito, se favorece a quien delata un confeso, se mandó cuidar a los delincuentes sobre los que se había ejecutado una pena y se admitieron las excusas absolutorias por hechos que fueran juzgados como no intencionales.

De la misma manera, el Derecho penal de EGIPTO estaba impregnado de un sentido religioso y se lo contenía en LOS LIBROS SAGRADOS. Los sacerdotes imponían penas por delegación divina, existían los ilícitos de lesa divinidad y además, era aplicado el TALION simbólico, por ejemplo, al estuprador se le cortaban los órganos genitales.

En EGIPTO el delito era considerado como una ofensa a los dioses y para calmar el enojo que con él se le provocaba a las divinidades, es que era impuesta la pena. Se dice que el símbolo de la justicia lo fue una pluma de avestruz y que además, quedó prohibida la muerte de los animales que eran considerados como sagrados.

Para la INDIA, existió el CODIGO DE MANU, que puede ser calificado como el más completo del Oriente en materia punitiva; poseyó avances técnicos muy notables, como lo fueron la diferenciación de la culpa y del caso fortuito y las motivaciones de las penas y evidencia bastante crueldad con respecto a los métodos de castigo.

En general, el Derecho penal del antiguo Oriente se ve entorpecido en sus funciones por esa influencia religiosa de la cual no lograba desahucarse, que además, lo lleva a un fundamento inaplicable en nuestra época para la imposición de las penas y evidencia bastante crueldad con respecto a los métodos de castigo.

En la época legendaria del DERECHO PENAL GRIEGO predomina la venganza, que es extendida a toda la familia del delincuente. En la segunda, el Estado impone a las penas, como delegado de Júpiter; se busca la purificación del delincuente y se identifican religión y Patria. En la tercera, la pena ya tiene un basamento moral y civil.

ESPAÑA poseía leyes influenciadas por un halo heróico, universalista y de disciplina castrense (siglo VIII o IX a. C.). En las normas penales de ATENAS domina la idea del Estado; la pena se basaba en la venganza y en la intimidación; los delitos contra los derechos de la comunidad eran severamente penados (siglo VI o VII a. C.).

El antiguo DERECHO ROMANO (hasta el siglo VII a. C.), hace predominar la característica de publicidad del delito y de la pena. El ilícito es considerado como una violación a las leyes públicas y la punición, la manera de reaccionar de la comunidad en contra de las infracciones penales. Es en esta época en que el Derecho penal logra separarse de la religión.

La LEY DE LAS DOCE TABLAS inaugura en el primer período de la República romana. Las normas penales se encuentran inmersas en las tablas de la VIII a la XII, que determinan los delitos privados, que no admiten la venganza y en los que predomina la LEY DEL TALION. Esta era del Derecho penal romano afirma la igualdad ante la ley.

La LEX VALERIA suprime la pena de muerte, la cual puede ser evitada con la provocatio o el exilio voluntario y queda totalmente abolida en los últimos años de la República. La pena de los delitos privados nunca tuvo la característica de ser afflictiva, sino que siempre fue pecuniaria, procurándose la compensación.

En la época de la cuestiónes, la LEX SEMPRONIA del año 631 romano, confiere a una comisión permanente la facultad de imponer las penas, así el procedimiento se convierte en penal y se extiende a otra clase de delitos, principalmente de tipo político. La LEX DE SILVA realiza un Derecho penal en forma, en los años 672 a 674.

MARQUEZ PITAJO :os señala que el Derecho penal romano tiene como características relevantes, entre otras, las que menciona a continuación:

a) El delito fue una ofensa pública, aun tratándose de los delitos privados.

b) La pena constituyó una reacción pública en razón de la ofensa, correspondiendo al Estado su aplicación. c) Los delitos extraordinarios, integrados de una especie de infracciones distintas a las de los delitos públicos y privados, se persiguieron sólo a instancia del perjudicado.

d) Desconocimiento total del principio de legalidad, dando lugar a la aplicación analógica, y en algunos casos al exceso de la potestad de los jueces.

e) Diversificación de los delitos dolosos y culposos.

f) Reconocimiento, aun cuando en forma escepcional, de las eximentes de legítima defensa y estado de necesidad. El consentimiento del ofendido se reconoció igualmente, por vía de excepción, como causa de exclusión de la antijuridicidad (siempre en tratándose de bienes disponibles y referentes a los delitos privados). (1495)

La época primitiva del Derecho Penal GERMANICO nos muestra que no existen leyes escritas, sino disposiciones consuetudinarias. Se dan dos fases: La venganza divina y la venganza de sangre. El ius es concebido como un orden de paz. Las fuentes de su derecho son las LEGES BARBARORUM, las capitulares de los reyes francos y las de los países escandinavos.

El propósito de cobrar venganza fue desplazándose con lentitud, hasta darle a la pena una naturaleza pública y un fin intimidatorio. Los delitos estaban divididos en públicos y privados y adquieren, con el paso del tiempo, esta última característica para todos. Se da la exigencia del daño para la aplicación de la pena.

Durante la Edad Media estuvo vigente el DERECHO CANONICO, que extendió su poder a los sujetos laicos, en determinados delitos y las penas eran ejecutadas por medio del brazo secular. Sus disposiciones fueron recopiladas a finales del siglo XIV, en el CORPUS IURIS CANONICI, el cual fue sustituido en 1983.

El DERECHO CATOLICO reacciona en contra de la concepción objetivista del ente jurídico-penal, contribuye a humanizar la represión, combate la venganza de la sangre, condena la venganza privada, se opone a las penas atroces, dice que la sanción tiene como fin el arrepentimiento y la contrición se manifiesta con la confesión.

Después de la caída del IMPERIO ROMANO, se rompe la armonía jurídico-cultural y el fundamento de las legislaciones europeas está constituido por una mezcla de elementos romanos, bárbaros y canónicos, se caracteriza por la inestabilidad, la falta de homogeneidad e inconsistencia, que se prolonga hasta la época actual.

En AFRICA, durante la dominación y el colonialismo europeos, estuvieron en vigor los códigos penales de los países dominantes. Con la independencia de los distintos pueblos que integran el continente, esa influencia pervive, aunque en la mayoría de ellos se encuentra vigente un catálogo normativo propio.

La necesidad de conservar el orden social es la base del DERECHO PENAL MAYA. La necesidad del clan pelagra cuando alguno se opone en contra de la Ley, de la moral o de las buenas costumbres; estas conductas debían ser reprimidas en forma severa, a través de los órganos integrantes del Estado. (1496)

En el derecho punitivo MAYA imperaba el principio de la responsabilidad por el resultado y no por la intención (aspectos objetivos y subjetivos). Muy pocas veces es reconocida la operancia de las circunstancias agravantes o excluyentes. Ante la obscuridad de la Ley, los jueces ven que se amplía su arbitrio judicial.

Las sanciones que eran aplicadas en el Derecho penal MAYA fueron: La muerte, la esclavitud, la infamación y la satisfacción. La prisión y los sacrificios humanos a los dioses también se imponían como castigos, aunque en casos muy especiales, como el homicidio, a pesar de que no hubiera sido intencional.

(1495) MARQUEZ PINERO. Derecho Penal. Parte General, p. 46. Editorial Trillas. México, 1986.

(1496) Los párrafos que se dan a continuación fueron extractados de PEREZ GALAN. Derecho y Organización Social de los Mayas, pp. 101 y ss. Editorial Diana. México, 1983.

Propiamente, no puede decirse que la prisión fuese un castigo para los mayas, porque solamente era considerada como medida preventiva y se retenía a los presuntos delincuentes sólo por el corto plazo del proceso y si es que habían sido sorprendidos in fraganti (flagrancia); es decir, "cogiéndolos con el delito en las manos".

Se aprisionaba a los delincuentes, colocándolos ambas muñecas atadas por detrás del cuello y en la garganta, se les ponía una "collera" hecha de palos y cordeles, para poder transportarlos en jaulas de madera, que hacían las veces de cárceles, un donde también se retenía a los esclavos, a los prisioneros de guerra y a los niños.

Los sacrificios humanos, tan criticados, se consideraban más bien como ceremonias religiosas, que no como sanciones penales, aunque hay quien los incluya dentro de esta última categoría, como una de las formas de ejecutar la pena de muerte, porque ese destino se les daba a los prisioneros de guerra y a los delincuentes del orden común.

(226) LAS FASES EVOLUTIVAS DE LA PENALIDAD.

Normalmente, los historiadores de la Ciencia Jurídico-Penal suelen señalarnos cuatro fases evolutivas de la penalidad, a saber: a) La Venganza Privada, b) La Venganza Divina, c) La Venganza Pública, d) La Venganza humanitaria. Añado una más, que es la Venganza Científica. Sobre esto desarrollaré el siguiente bosquejo.

Quiero dejar asentada la idea de que la venganza va a ser tomada en su acepción más amplia, no solamente como simple retribución, sino como una de las manifestaciones de la justicia distributiva, que significa darle a cada uno aquello a lo que se ha hecho acreedor, al haber asumido el comportamiento proscrito por la Ley penal.

Cualquiera debe tener presente el hecho de que los fundamentos de la penalidad han evolucionado, al punto de que ya no se trata solamente que le devolvamos a quien delinquirá un mal por el daño que hubiere causado al ofendido, aunque tampoco le vamos a dar un premio a cambio del ataque que infirió, sino que simplemente debe recibir el trato justo.

Acercas del tratamiento adecuado para el delincuente, los justipenalistas, los criminólogos, los psicólogos y todos los científicos de nuestra disciplina han adquirido posiciones muy fantásticas, adoptando una actitud de paternalismo que, más bien, resulta tonta, al querer otorgarle al delincuente prerrogativas que no merece.

Es muy cierto que en el momento que vamos a juzgar a una persona que ha cometido un delito, no debemos olvidar que se trata de un ser humano y que como tal, es digno de respeto y consideraciones, aunque también es varaz, que esta persona falló en su conducta social y que provocó con ella un daño a alguien y que, por lo tanto, también se hace merecedora de un castigo.

No podemos, porque no es de justicia, ponemos a proteger nada más al delincuente, porque lo consideramos como una víctima social, olvidándonos del ofendido que, en realidad, es el perjudicado y proteger al ofensor en todos los sentidos, dejando en desamparo al sujeto pasivo, porque con ello estaremos propiciando la venganza.

Más que ciencia Jurídico-Penal protectora de los delincuentes, debemos pugnar por una disciplina que brinde prerrogativas a todas las personas que están relacionadas con el procedimiento punitivo, bien sea con la calidad de sujeto activo o de ofendido o bien, de autoridad, para lograr la verdadera realización de la justicia, que es nuestro principal objetivo.

En mi teoría he procurado darle a cada una de las personas que interviene en la relación procesal penal el sitio que se merece; tanto el delincuente, el ofendido y los defensores, como las autoridades ministerial y judicial, verán garantizados sus derechos con ella y encontrarán las bases para desarrollar sus fines en el proceso.

Procedo con el tema que me ocupa y debo afirmar que en los tiempos más remotos del Derecho Penal nadie podía decir que la penalidad realmente estuviese Asentada en un principio de retribución estatal, porque el objetivo sancionador de nuestra disciplina se agota en la venganza privada; a cada uno le corresponde ver por sus intereses.

Esta fase de la venganza privada tuvo como variante a la individual (de ofendido u ofensor) o colectiva (de un grupo familiar a otro); ésta es una reacción a la que, si bien es cierto que podemos calificar como penal, también es verdadero que nunca fue realizada por la sociedad, que más bien, permaneció indiferente a ella.

La práctica punitiva privada da lugar a una serie de abusos desproporcionados, provocando las guerras civiles entre familias, que fue necesario limitar con la LEY DEL TALION, según la cual, el daño que se devolviera debía ser de la misma magnitud que el recibido, enmarcándose en aquél famoso lema del: "ojo por ojo, diente por diente".

También existió como límite la compensación, que se daba entre el ofensor y el ofendido y los familiares de ambos, en la cual el derecho a la venganza era anulado, a través de la entrega de una cierta cantidad de dinero o bien, de algún objeto de valor, si es que era obtenida la satisfacción de la víctima del delito.

La segunda de las fases de evolución de la penalidad, no se encuentra muy bien diferenciada de la anterior, por cuanto hace a su período de vigencia, en virtud que los conceptos de la religión existen desde que el hombre es tal y vive en la faz de la tierra y ha sentido la necesidad de justificar algo que no puede explicarse.

Como ya he dicho, en esta época el delito fue considerado como una ofensa a los dioses; los monarcas eran los depositarios del poder espiritual en el orden secular y fueron quienes aplicaron las penas, tratando de aplacar la cólera divina, que era desatada con la comisión de la conducta delictuosa. La función punitiva se desvolvía en nombre y a favor de Dios.

Cuando la venganza pasa a ser pública, intentéase desarrollar por medio del terror y la intimidación; el poder punitivo reposa en los reyes, príncipes y emperadores, tratando de obtener bases sólidas. Más bien, puede decirse que la paz y la tranquilidad sociales se quedaron solamente en una aspiración.

Para limitar el derecho a la venganza privada, a los ofendidos se les quita el poder para infligir penas, que se delega en los jueces, quienes supuestamente, actúan en forma imparcial. Se procuró organizar un sistema de pruebas procesales y existió un órgano para imponerlas y otro para ejecutarlas.

En esta era llega a imponerse penas que en nuestros tiempos nos resultan inconcebibles, grotescas y crueles. Se tiene como reina de las pruebas a la confesión, que es la forma de empezar a expiar la culpa e intentéase obtenerla por todos los medios, dado que no podía aplicarse un castigo, a quien no hubiese confesado su crimen.

Se considera como delitos, ciertas conductas, que en nuestra época ni siquiera son admitidas, como la magia, la hechicería y la abjuración. La pena de muerte parece tener el reinado de la punición y es ejecutada en la forma más atroz, provocando una verdadera conmoción y una especie de terror penal para la sociedad.

La diosa de la justicia no parece estar tan ciega, porque ha sido tomada al servicio de los poderosos y en contra de los débiles. Los jueces actúan en forma arbitraria y ni por asomo, se imaginan que pueda existir un principio que prohíba la aplicación analógica de la ley, por cuanto hace a los delitos y a las penas.

Por todo lo anterior, podemos darnos cuenta de que en esta fase ya existía un Derecho Penal en toda la extensión de la palabra, puesto que imponía la pena como único medio de reprimir al delito y sin más fines, que obligar al infractor a expiar su culpa y buscar el arrepentimiento, por todos los medios que fuese posible.

Las penas eran injustas en la etapa de la venganza pública e intentaron hacerse menos crueles, con algunos de los principios que impone el DERECHO CANONICO, aunque es hasta el siglo XVIII en que se llega a la venganza humanitaria que, a mejor opinión, se inicia con el Tratado de los Delitos y de las Penas de BECCARIA. (1497)

En la obra del marqués se critica la pena de muerte, la confiscación, las sanciones infamantes, la tortura y todo el sistema de LA INQUISICION. Nos habla de las garantías del acusado en el procedimiento penal, del principio de legalidad de la pena y de las formas más adecuadas para su ejecución. Las ideas de BECCARIA trascienden.

Con este desarrollo autor se marca la pauta del período llamado ESCUELA CLASICA DEL DERECHO PENAL, cuyos postulados trataron de hacerse más humanitarios con las ideas del POSITIVISMO, aunque menos jurídicos, puesto que asentaron algunas cuestiones metafísicas, como lo es el criterio de la peligrosidad social.

Toda esta serie de ideas acerca de la penalidad, que fue empujada con un sin número de opiniones de eruditos pensadores, donde que se profundiza en un estudio científico de lo jurídico-penal, nos demuestra que la idea de la pena y de todos sus elementos ha ido evolucionando y deja entrever que la sanción tendrá nuevas facetas.

De ellas, a la más próxima le doy el nombre de fase científica de la penalidad o venganza científica. Esta basada en un principio de justicia distributiva, que se traduce en la postura ideal de darle a cada uno el tratamiento al que se ha hecho acreedor con la comisión de su conducta delictuosa, sin olvidar que es un hombre.

Es muy cierto que ni siquiera la situación de haber cometido un delito hace que el ser humano pierda su calidad de tal, aunque también es verdad que no va a ser juzgado por estos actos que, a todas luces, son reprobables y que debe imponerse una sanción por haber asumido ese comportamiento, tomando en cuenta las bases que marca la disciplina.

Las falacias en la interpretación de los principios que rigen a la Ciencia Jurídico-Penal han llevado a la gente que se inicia en nuestra materia a una idea que es igualmente falsa acerca del trato que deben recibir los delincuentes y, al menos en mi país, quiero otorgárseles más derechos que los que tienen las personas ofendidas.

Tal parece que todo el Sistema Jurídico-Penal mexicano está destinado a la protección de los sujetos que delinquen y así no resulta tan errada aquella opinión doctrinal de que esta disciplina debería llamarse "derecho protector de los criminales", dado que adopta una actitud paternalista muy mal entendida, en favor del ofensor.

El tratamiento que actualmente se les da a los delincuentes en este país, resulta ser muy injusto para los ofendidos, convirtiéndose al ofensor en un "mimado estatal" y es idéntico al caso en que los padres, al no saber cómo educar a sus hijos, les otorgan recompensas, cuando por su conducta merecen un castigo, malcriándolos cada vez más.

Ello sirve para reforzar los comportamientos negativos y no ayuda en su rehabilitación, así es que hemos llegado al punto en que la reincidencia es cada vez mayor y nos damos cuenta de que la política estatal en el orden de lo punitivo, es ineficaz en todos los sentidos y de ello resulta que es urgente un cambio radical.

Es necesario que la teoría general de las sanciones penales tome un nuevo giro y que evolucione a la par de todo el sistema jurídico-punitivo y que escoja como basamento los estudios científicos que pueden hacerse sobre la realidad fáctica y jurídica, en beneficio de todas las personas que intervienen en la relación procesal-penal.

(B) MI TEORÍA.

Después del bosquejo general que he dado acerca de la teoría penal de tradición que trata de las sanciones penales, es necesario que atendamos a las ideas que conforman mi punto de vista, para que pueda conocerse cuál es la postura que adopto y se me ayude, con la crítica, a lograr una reestructura adecuada en este orden.

Ya sabemos que, en esencia, nada nuevo diré con relación los lineamientos generales de la doctrina de las penas y medidas de seguridad (tratamiento especializado, para mí) y que, más bien, intento sólo una nueva composición que someto a las consideraciones pertinentes y que puede o no tener un buen éxito.

Al máximo objetivo general a que puedo aspirar, es a influir un poco en el ánimo de los teóricos justipenalistas, para que de lo mio, tomen lo que resulte ser lo más acertado y me ayuden a cimentarlo, con proposiciones concretas bien meditadas y tal vez, algún día, logremos la creación de una doctrina penal netamente mexicana.

Todo esto debe procurar el beneficio de cualesquiera de las personas que se vean implicadas en una relación procesal-penal, con la categoría de sujeto activo, pasivo, defensor, Ministerio Público o Juzgador y no buscar tan sólo la tutela de los delinquentes, como hasta ahora se ha hecho y sin que alguien haya tenido buen tino.

Por ello, es muy necesario que entremos al estudio de todos los aspectos generales de las sanciones punitivas (penas y medidas de tratamiento especializado), pasando después por un análisis particular de cada una de ellas e incluyendo los beneficios penales que pueden otorgarse (mal denominados "sustitutivos de las penas").

(227) EL FUNDAMENTO DE LAS SANCIONES PENALES.

Quizás desde los primeros tiempos en que fue ejecutada la venganza divina, el Estado pasó a ser el depositario del derecho de sancionar penalmente los delitos (*ius puniendi*) que, aunque haya tenido su base en ideas muy diversas, no ha variado en el aspecto de sostener que la tutela de la sociedad, necesariamente, debe estar a cargo de una institución.

Es de primordial importancia, que tomemos en consideración que todos los planteamientos que cuestionan alguno de los aspectos relacionados con las sanciones penales que impone el Estado, nos resultan necesarios para legitimar la existencia del llamado "Derecho Penal", que ha dado lugar a una nueva rama del quehacer científico.

Hay que recordar que siempre, cualquier acto de autoridad debe sostenerse con un fundamento y una motivación, para evitar que con él sean conculcadas las garantías que el sistema otorga a los derechos esenciales del ser humano, que propician su seguridad jurídica, porque de ello depende que nuestra disciplina siga teniendo vigencia.

Lo primero que tenemos que resolver es el cuestionamiento acerca de las razones para que el Estado sea el órgano social que se encarge de aplicar coactiva y coercitivamente las sanciones penales y la de saber quién le ha dado ese poder; es decir, que si está legitimado o no para actuar de esta forma en contra de sus ciudadanos.

Todos sabemos que la aplicación de las sanciones punitivas importa la restricción o la privación de un determinado derecho del individuo; lo que huelga investigar es a quién le corresponde ese poder, si solamente es una facultad o también impone una obligación y si su fundamento se legitima en las necesidades sociales.

En la actualidad, nadie duda que el derecho de sancionar penalmente le corresponde al Estado; los planteamientos se darán en cuanto a la investidura. RODRIGUEZ RAMOS dice: "El (*ius puniendi*), en todas sus fases legislativa, judicial y ejecutiva, radica en el Estado y en términos menos abstractos en las personas o clases que dirijan ese Estado". (1498)

(1498) RODRIGUEZ RAMOS. Criterios Políticos y Técnicos para la Creación y Abrogación de las Normas Penales. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 41. Número 1. Volumen 1. Enero-Marzo, 1983. México, Distrito Federal.

Remontándonos un poco a las ideas que expuse acerca de la manera en que surge la sociedad, debemos recordar lo que dije del pacto social. De común acuerdo, para que cada uno de los sujetos encontrara la garantía para ejercitar sus derechos, los integrantes del núcleo aceptan ceder una parte de su libertad, en beneficio propio y ajeno.

Esas porciones comunes de libertad, deberían quedar garantizadas al depositario en una persona que pudiese lograr que todos hicieran uso de ellas en el momento en que fuera necesario y además, que no sufrieran ataques injustos, al tratar de ejercitar sus derechos o cuando los demás hicieran lo propio.

Una persona física difícilmente podía resultar confiable para ser unida con tanta fealdad; por ello, era menester conjuntar a varios sujetos en diversos órganos que se encargaran de realizar esa delicada tarea y que finalmente, darían lugar a la integración del Estado, que fungiría como mentor jurídico de la sociedad.

Las funciones y los objetivos del Estado quedaron plasmados en las leyes sociales máximas, llamadas constituciones políticas que, esencialmente, deben ser consideradas como pactos de los hombres libres para procurar el bienestar general y que si en la actualidad no colman todas sus necesidades, no es por culpa de las propias leyes.

BECCARIA reconoció: "Las historias nos enseñan, que debiendo ser las leyes pactos considerados de hombres libres, han sido pactos casuales de una necesidad pasajera: que habiendo sido dictadas por un desapasionado examinador de la naturaleza humana, han sido instrumentos de las pasiones de pocos". (1499)

El Estado, sus instituciones y sus normas deben estar al servicio de los individuos y no a la inversa; si estos instrumentos jurídicos resultaran ineficaces para cumplir con los fines sociales, de los seres humanos depende procurar su derogación, para dar paso a otro sistema que si tenga entre sus metas, satisfacerles todas sus necesidades.

Es incuestionable que los hombres, al delegar el ius puniendi a favor del Estado, estaban enajenando porciones comunes de libertad, mas también lo es que aún gozan de la facultad de revertir la investidura o bien, de cambiarle el sentido a la política penal que los órganos jurídicos estatales han puesto en vigor.

Si la facultad de sancionar penalmente determinadas conductas fue depositada en el Estado, debemos reconocer que la tiene en calidad de posesión derivada, que no es el propietario de la misma y que por lo tanto, no puede ejercitarla a su libre arbitrio, sino que siempre tiene que atender a la satisfacción de las necesidades sociales.

El fundamento del derecho de sancionar, en todas sus facetas, debe ser la necesidad de conservar el statu quo del núcleo, garantizando el libre ejercicio de los derechos de cada uno, siempre y cuando no se ataque con ello los bienes jurídicos de los demás. Las penas y las medidas de tratamiento especializado deben atender a las necesidades.

"Toda pena (dice el gran Montesquieu) que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica; proposición que puede hacerse más general de esta manera. Todo acto de autoridad de hombre á hombre, que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránico"; principio asentado en la obra del marqués de BECCARIA. (1500)

Se dice que el Estado encuentra el fundamento del derecho de sancionar penalmente en "la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada é inviolable la seguridad, y mayor la libertad que el soberano conserva á sus súbditos". (1501)

(1499) BECCARIA. Tratado de los Delitos y de las Penas, p. 2. Editorial Porrúa, S. A. México, 1982.
(1500) BECCARIA. Op. cit., p. 9.
(1501) BECCARIA. Op. cit., p. 9.

Así el *ius puniendi* encuentra su fundamento y sus límites en las necesidades sociales de preservar la libertad, realizar la justicia distributiva y garantizar la seguridad social y si no, se deriva en un acto tiránico, propiciándose el terror penal y nuestra disciplina no estaría cumpliendo con sus fines.

En la medida en que reconozcamos el fundamento del derecho de sancionar penalmente las conductas que han sido consideradas como delitos y establezcamos sus límites, estaremos justificando la existencia de una disciplina jurídico-penal que se dedique al estudio de las leyes, del delito, de la responsabilidad y de las sanciones penales.

Ahora bien, después de haber asentado el principio de que el Estado goza del *ius puniendi*, el hecho de si cumple o no con su cometido, va a ser una cuestión más bien filosófica y una problemática social; entonces, a lo jurídico, sólo le queda determinar de qué manera, en qué instancias y en qué niveles se lleva a cabo esa actividad.

(228) LAS INSTANCIAS DE LAS SANCIONES PENALES.

El aparato estatal, como mentor jurídico de nuestra sociedad, le atribuye la función de sancionar a sus tres poderes, en distintas instancias: 1. De la Determinación (punibilidad), a cargo del Poder Legislativo. 2. De la Imposición (penalidad o punición), a través del Poder Judicial. 3. De la Ejecución (sanción o pena), para el Poder Ejecutivo.

Las tres instancias señaladas deben responder a una necesidad social. La punibilidad tiende a preservar el ejercicio de la libertad; la penalidad procura realizar la justicia distributiva, dándole a cada uno lo que se merece. La sanción trata de garantizar la seguridad jurídica. Este es su objetivo más relevante, aunque puedan cumplir con otros.

Cada una de estas instancias realiza un nivel de las sanciones, como ya manifesté y a su vez, encuentra su fundamento legal en la CPEUM, que nos permite formular su marco de acción y determinar los criterios cualitativos y cuantitativos que deben atender, para lograr la satisfacción de las necesidades sociales.

Las autoridades están relacionadas con las sanciones penales de la siguiente manera: El Poder Legislativo las determina en su forma genérica; el Ejecutivo, a través del Ministerio Público, solicita su imposición; el Judicial las impone, realizándose la justicia distributiva y también el Ejecutivo, las ejecuta en los términos en que fueron impuestas.

Atendiendo a los principios básicos que gobiernan en nuestra materia, el derecho penal subjetivo le corresponde al Estado, que es la autoridad que está facultada para determinar qué conductas van a ser consideradas como delictivas y cuáles serán las sanciones que deben serle aplicadas a la persona que realice sus supuestos.

Es decir, a los individuos del gobierno les toca la tarea de estructurar los tipos, describiendo con todas sus características los comportamientos que al ser ejecutados están en posibilidades de constituir un delito, recordando aquel postulado que dice que a menores requisitos típicos, es más amplia la protección al bien jurídico.

La premisa anterior también es aplicable en sentido inverso y para complementar la estructura típica, está compuesta por tipo y punibilidad, la autoridad gubernamental estipulará el mínimo y el máximo de una determinada sanción, para que la sea individualizada e impuesta al autor de un delito.

Asimismo, se establecerán las bases dogmáticas de las teorías de la ley penal, del delito, de la responsabilidad y de las sanciones, que completan el estudio que es realizado en la valoración jurídica, para determinar qué conductas integran realmente un delito y cuáles son las sanciones que le corresponden a su autor responsable.

La facultad de señalar los comportamientos delictivos y sus punibilidades correspondientes, está depositada en el Poder Legislativo, que es la autoridad que el Estado designó para que cumpliera con esa ardua tarea y la realiza a través de las Cámaras de Senadores y Diputados al Congreso de la Unión.

BECCARIA ya había notado que: "La primera consecuencia de estos principios es, que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida en el contrato social". (1502)

"Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar á su voluntad penas contra individuos de la misma sociedad. Y como una pena extendida mas allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa, y otra más en la extensión; se sigue, que ningún magistrado bajo pretexto de celo ó de bien público, pueda aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente?". (1503)

Las leyes penales establecerán en forma clara y precisa la conducta que al ser realizada estará en posibilidades de constituir un delito; de igual manera, deben enunciarse en un mínimo y un máximo de la punibilidad que será aplicable a la persona que realice la hipótesis típica, al comprobar su responsabilidad.

Hasta ahí queda delimitada la fuerza del derecho penal subjetivo (ius poenale); mas sus principios fueron instituidos para ser aplicados y por ello, debemos entrar a otra fase del ius puniendi, que nos servirá para iniciar el enjuiciamiento de un sujeto que llevó a cabo la previsión del delictotipo.

Esta función tiene su punto de partida en una actividad administrativa, que es realizada en las dependencias del Poder Ejecutivo llamadas Agencias del Ministerio Público, cuyos titulares se encargarán de preparar el inicio de la pretensión punitiva (ejercicio de la acción penal), llevando a cabo la indagatoria sobre el delito.

En nuestro país el Ministerio Público es una institución que adquiere notabilísima importancia, que no el respeto que se merece, puesto que sus funciones han sido confundidas y rebajadas y hasta me permito hacerla afirmación de que tanto los delincuentes que están fuera, como los inocentes que permanecen en la cárcel, se lo deben a ella.

El Ministerio Público tiene como encargo especial el de reunir los elementos necesarios para probar la existencia del delito y la presunta responsabilidad del imputado, primero para proceder a consignarlo ante el juez competente y en una segunda etapa, fundamentar y motivar el pedimento de la aplicación de las sanciones penales.

Lo que propiamente puede ser denominado como juicio, corre a cargo de las autoridades judiciales en sus respectivas competencias, quienes se encargan de comprobar la existencia del delito o su inexistencia y la responsabilidad o irresponsabilidad de las personas que han sido puestas a su disposición, resolviéndoles su situación jurídica.

Al respecto BECCARIA dijo: "El Soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen á todos los miembros; pero no juzgar cuando alguno haya violado el contrato social, porque entonces la Nación se dividiría en dos partes: una representada por el Soberano, que afirma la violación, y otra del acusado, que la niega". (1504)

"Es, pues, --continúa BECCARIA-- necesario, que un tercero juzgue de la verdad del hecho; y veis aquí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables, y consistan en meras aseveraciones ó negativas de hechos particulares". (1505)

Las funciones de la autoridad judicial son de vital importancia para legitimar la existencia del ius puniendi y aún más, del propio ius poenale, en virtud que con ellas se está tratando de realizar la justicia distributiva, que consiste en darle a cada miembro de la sociedad lo que merece, según su comportamiento.

(1502) BECCARIA. Tratado de los Delitos y de las Penas, p. 12. Editorial Porrúa, S. A. México, 1982.

(1503) *IDEM*.

(1504) *IBIDEM*, p. 3.

(1505) *IDEM*, p. 13

Los jueces, en las diversas instancias procesales, deben dedicarse al examen minucioso de las conductas por las cuales han puesto a su disposición a un individuo, interpretando las leyes vigentes y determinando si están en posibilidades de constituir o no un delito en el mundo de la jurisdicción.

BECCARIA resaltó lo siguiente: "En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general; por menor la acción, conforme ó no con la ley, de lo que se inferirá por consecuencia la libertad ó la pena. Cuando el juez por fuerza ó voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta á la incertidumbre". (1506)

El espíritu de la ley debe ser captado por el juzgador en el momento de realizar su elevada función, para que sus decisiones sean la culminación de los principios que rigen la existencia del ius puniendi y del ius poenale, otorgándole la legitimación necesaria a nuestra disciplina y demostrar que su pervivencia es necesaria.

Las autoridades judiciales no deben olvidar que el destino de un ciudadano y de la misma sociedad, en última instancia, se encuentra en sus manos, porque con sus decisiones se están jugando bienes jurídicos tan importantes como lo son la vida y la libertad de los enjuiciados, que son tan sensibles como pueden serlo ellas.

Las determinaciones de los jueces fundamentan la libertad o la imposición de una penalidad de una persona concreta; en pocas palabras, están marcando su destino con una tinta indeleble, puesto que son de todos sabidas las consecuencias que se generarán para quien se ha sometido a una pena privativa de libertad, por ejemplo.

La facultad de ejecutar las penalidades en los términos que fueron impuestas por la autoridad judicial, corresponde a los representantes de la administración dependientes del Poder Ejecutivo, que en nuestro país se deposita en la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social (Secretaría de Gobernación).

Desde luego, el juzgador es un ser humano y por ende, pueda cometer alguna equivocación en el momento de realizar el enjuiciamiento, aunque las instancias procesales establecidas en nuestro sistema jurídico, le permitan al ciudadano que ha sido declarado responsable y le han impuesto una penalidad, combatir la decisión, apelando la sentencia primaria.

Existe una segunda instancia, que tiene por objeto revisar las sentencias dictadas por el Juez de origen, bien sean condenatorias o absolutorias, siempre a petición de parte agraviada, otorgándole a los sujetos un derecho más, que es reforzado con el procedimiento de amparo, en el cual la máxima autoridad judicial de nuestro país, tiene la última palabra.

Las cuestiones relativas a las garantías del acusado en el procedimiento penal, bien entendidas, nos sirven para demostrar que los presuntos o francos delincuentes tienen más que salvaguardados los derechos que les corresponden como seres humanos, sin que sea necesario malversar la voluntad de la ley, otorgándoles canonjías adicionales.

Por ello, la gente que se dedique al estudio de la disciplina Jurídico-Penal o a cualesquiera otra de las Ciencias Penales, debe hacer la interpretación justa de los principios que nos gobiernan, sin excederse de los límites que, por lógica, han sido enmarcados en las leyes penales, que se suponen pactos de los hombres libres.

Actualmente, la Ciencia Jurídico-Penal se encuentra bien encauzada en el orden de la protección de los derechos de los sujetos activos del delito y su nueva preocupación debe ser la de garantizar la salvaguarda de los derechos de las personas ofendidas, que son quienes realmente están sufriendo con las consecuencias de la materia del proceso.

Debe tenderse a limitar en forma perfecta la actuación de cada una de las autoridades que intervienen en el procedimiento penal y a la ampliación de la cobertura en la protección de los intereses de los sujetos pasivos del delito que, aunado a las garantías de los ofensores, traerá el advenimiento de una disciplina verdaderamente humanitaria.

(229) LOS NIVELES DE LAS SANCIONES PENALES.

Si analizamos las tres instancias de las sanciones penales, podemos percatarnos de que cada una de las autoridades del Estado las realiza en un nivel diferente, a saber: 1. La Determinación -Poder Legislativo- punibilidad. 2. La Imposición -Poder Judicial- penalidad o punición. 3. La Ejecución -Poder Ejecutivo- sanción o pena.

De esta manera, también notaremos que los niveles de las sanciones penales que me correspondrá analizar en este apartado, son: a) La punibilidad. b) La penalidad o punición. c) La sanción o pena. Los tres se encuentran en relación con el ius poenale (derecho penal); y con el ius puniendi (derecho de sancionar penalmente los delitos).

Es muy importante diferenciar entre la punibilidad, la penalidad o punición y la sanción o pena, en el entendido que cuando hagamos referencia a cada una de ellas, tendremos que ligarla a una instancia determinada y a un poder estatal específico y que no deben ser motivo de confusiones, ni siquiera en el lenguaje técnico-jurídico.

La punibilidad, la penalidad o punición y la sanción o pena también se encuentran vinculadas con los poderes creativo y coercitivo de que gozan los órganos del Estado, porque, como demostraré en líneas subsiguientes, imponen y ejecutan la amenaza de restringir o privar de ciertos bienes o derechos a quienes realicen las conductas delictivas.

Como expresó, la punibilidad descansa en la necesidad social de preservar el ejercicio de la libertad a todos los miembros de una comunidad jurídica y en ello encuentra su fundamento y legitimación; su marco de legalidad es obtenido primeramente del delito-tipo, en el cual podemos ubicar a la previsión y a la sanción de la conducta.

La instancia de la determinación es realizada por las Cámaras de Senadores y Diputados en el proceso legislativo, en el cual va a decidirse de qué manera se otorga la protección a los bienes jurídicos, especificando claramente los requisitos que debe reunir el comportamiento, para estar en posibilidades de integrar un delito.

Por sí sola, la tipificación de la conducta no es suficiente para salvaguardar los derechos esenciales, por ello ha de completarse con la abstracción de ciertas sanciones, que es fijada en un mínimo y un máximo de duración, que sirven para tasar la que le corresponderá y que en la técnica jurídica ha sido denominada como "la punibilidad".

A través de la amenaza de restricción o privación de bienes jurídicos, es que tenemos manifestada la punibilidad, que tiende a ser materializada en los sujetos activos del delito y en la política penal cumple con la etapa conocida como de "la prevención general", respetando el principio rector general nullo poenae sine lege (no hay pena sin ley).

Cuando revisamos los textos de la Ciencia Jurídico-Penal encontramos muy pocas definiciones o conceptos claros de lo que buscamos, que puedan ser válidos. En mi cátedra de Derecho Penal (parte general), escuchaba a FORCE PETIT decir que la punibilidad era, simplemente, la abstracción de la pena. Esto es parcialmente cierto y, además, incompleto. (1507)

ISLAS explica: "Punibilidad es la combinación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase de bien y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste". (1508)

A mi entender, la punibilidad es el medio coactivo a través del cual, el órgano legislativo emarca el contenido de un tipo delictivo determinada con la amenaza general de restringir o privar de ciertos derechos esenciales a quien cometa ese delito y que tiende a concretizarse en la persona del sujeto activo, por medio de la coercitividad.

(1507) Esta es la definición que gusta dar FORCE PETIT en sus cátedras.
(1508) ISLAS: Contenido de las Normas Penales. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 81 Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal. La HARRERA repite las enseñanzas de su maestro en: Punibilidad, Punición y Pena. Substitutivos y Correctivos de la Pena. Ponencia, en la página 94 de la misma obra.

En la punibilidad contenida en los delitos-tipo de la parte especial de los códigos penales se abstraen las sanciones, únicamente en su modalidad de penas y para los delitos simples que han sido consumados con dolo; si se hace esta explicación, si podemos comprender que la punibilidad sea definida como la abstracción de las penas.

Por razones poderosas de lógica y técnica jurídicas y por economía legislativa, las sanciones que les corresponderían a las personas incapaces, a las tentativas, al delito continuado, al concurso de delitos, a la culpa, a la preterintención, etcétera, deben determinarse de acuerdo con las reglas contenidas en la parte general de los códigos.

Así es que resulta por demás incoherente e insubstancial afirmar categóricamente que al momento en que se procede a determinar las punibilidades de los delitos de la parte especial, debe colocarse para cada uno la abstracción correspondiente a esas modalidades, porque si no, estaríamos violando el principio *nulla poena sine lege*. (1509)

Es menester que esta cuestión quede bien entendida, para que no demos lugar a la elaboración de códigos penales sin técnica jurídico-legislativa y tautológicos. Imagínense nada más un tipo con más de seis punibilidades, sólo porque a unos doctos no les queda clara la manera en que tienen que conducirse para poder determinarlas.

Ya lo he anotado en repetidas ocasiones: Los principios jurídicos doctrinarios y legislativos deben ser lo más claro posible, para evitar las confusiones a las personas que se dedican al estudio de la materia y a los que no tienen pericia en la disciplina, pero que sienten la necesidad de analizarlos y comprender su contenido.

Entonces, la punibilidad típica es tan sólo para los delitos dolosos consumados cometidos por personas capaces y en su modalidad simple. Las demás punibilidades deben ser reglamentadas en la parte general, con normas claras y precisas para su individualización e imposición; con ello no se vulnera el principio rector general del derecho, que marca que no existe pena sin ley.

Ahora bien, ¿a qué debe atender el órgano legislativo cuando elabora códigos penales, para determinar la duración mínima y máxima de la punibilidad? Nada más y nada menos que al bien jurídico privilegiado que está recogido bajo la tutela la norma: A la importancia que tiene, según su naturaleza y las molestias que se le infieren.

Partiendo del supuesto de que la punibilidad incluida en el marco del delito-tipo corresponde al delito simple doloso consumado cometido por persona capaz, en primer término, su duración mínima y máxima debe ser mayor a la de las sanciones que están estipuladas en la parte general, para permitir el juego del aumento y la disminución.

La naturaleza de la sanción abstracta debe ser elegida de un catálogo general de penas y de acuerdo con la calidad del bien jurídico que se intenta salvaguardar y a las necesidades de la política penal que impera en el lugar en donde va a tener vigencia el código; no forzosamente debe considerarse a la pena privativa de libertad corporal.

Las punibilidades de la parte general, que corresponden a las diversas modalidades del delito, serán graduadas atendiendo a la gravedad de la molestia que se le provoca al bien jurídico que está tutelado y con base en la sanción típica, deben ser aumentadas o disminuidas en cierta proporción, que será genéricamente enunciada.

(1509) Cfr. ISLAS. *Contenido de las Normas Penales*. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 81. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal. DE LA BARRERA repite las enseñanzas de su maestra en: *Punibilidad, Punición y Pena. Substitutivos y Correctivos de la Pena*. Ponencia, en la página 94 de la misma obra.

La punibilidad típica, así como las punibilidades de la parte general, por ser elemento de la norma penal o por formar una norma penal por sí misma, tiene la característica de ser general, abstracta, permanente y obligatoria. (1510) En el primer caso, la punibilidad completa al delito-tipo, aunada a la descripción de la conducta delictiva.

DE LA BARRERA expresa: "Punibilidad es la consecuencia de retribución penal, formulada por el legislador para la defensa de intereses sociales determinados que se busca tutelar. La punibilidad constituye la particularidad esencial de la norma jurídico-penal sustantiva", recordándonos que siempre es retributiva y no solamente de reparación. (1511)

Para evitar que sea vulnerado el principio rector general de que no hay pena sin ley (nulla poena sine lege), la punibilidad genérica o específica debe existir con anterioridad a la comisión de la conducta delictiva. La punibilidad, como abstracción de las sanciones, se da con independencia del delito, mas no del delito-tipo. (1512)

La punibilidad debe ser considerada como la abstracción de las consecuencias que generará la comisión de las conductas delictuosas, si es que con ellas llega a integrarse un delito en el mundo jurídico. Es una amenaza dirigida a intimidar a los diversos sectores sociales, para que se abstengan de ejecutar comportamientos delictivos. (1513)

En atención a las afirmaciones que hice, la punibilidad tampoco debe ser tomada como uno de los elementos del delito, como dice la teoría tradicional. (1514) porque la abstracción la encontramos en la norma que contiene al delito-tipo y aunque la conducta hipotética no sea realizada, la punibilidad sigue teniendo existencia. (1515)

Por último, para que el legislador en el área penal determine que conductas deben ser reguladas en los delitos-tipo y cuál será, en consecuencia, la punibilidad que les corresponderá, atiende al principio de la mínima intervención penal; es decir, que este será el último recurso que le queda para procurar proteger al bien privilegiado.

Como se ha repetido, no todos los derechos esenciales del hombre deben ser acogidos en la tutela punitiva, sino nada más aquellos que, por su naturaleza, tienden a garantizar la conservación del statu quo del núcleo social y que por ello, son privilegiados y se hacen acreedores de un tratamiento especial por parte del sistema jurídico.

En otro orden de ideas, me corresponde hablar de la penalidad o punición, que tiene como fundamento para su legitimidad la necesidad social de realizar la justicia distributiva y su primer marco de legalidad lo encontramos en las reglas que contienen los códigos penales para proceder a individualizar o imponer las sanciones respectivas.

Quiero recalcar que la instancia de la imposición de las sanciones punitivas tiende a realizar la justicia distributiva, diciéndonos qué penas o medidas específicas le corresponden al autor del delito, de acuerdo con el comportamiento asumido; esto es, considerando la individualidad del ente biopsicosocial y de su particular conducta.

(1510) Son generales, por estar dirigidas a todos los individuos. Abstractas, porque se refieren a todas las conductas que acontezcan durante su vigencia. Permanentes, porque subsisten, se apliquen o no, mientras exista la norma. Obligatorias, porque todos deben observar las disposiciones de la norma y conllevan la coacción y la coerción.

(1511) DE LA BARRERA. Punibilidad, Punicción y Pena. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 95. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

(1512) La punibilidad es parte del delito-tipo (norma) y no requiere que el delito se haya integrado en el mundo jurídico para su existencia. DE LA BARRERA opina que el delito es facticidad y la punibilidad, juridicidad. Op. cit.

(1513) La punibilidad no es la consecuencia del delito, sino una amenaza que tiende a prevenir la comisión de los actos delictuosos.

(1514) Cfr. FORTE PÉTTIT. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S. A. México, 1979. CASTELLANOS TENA. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S. A. México, 1969.

(1515) Cfr. DE LA BARRERA. Op. cit., p. 95.

La instancia de la imposición es realizada en los juzgados penales por la autoridad judicial y tiene como antecedente esa individualización de la que hablé, para decidir qué pena o medida concreta corresponderá al sujeto activo del delito y en qué términos deberá ser ejecutada, atendiendo a la duración marcada para la punibilidad.

Para proceder a la individualización e imponer las sanciones penales es menester que haya sido realizada la investigación del delito (averiguación previa), comprobando la existencia del ente y de la responsabilidad (juicio) y que el Agente del Ministerio Público haga el pedimento de su aplicación, fundamentándolo y motivándolo (conclusiones).

Por sí misma, la sola existencia del delito-tipo no sirve para garantizar la protección de los bienes jurídicos privilegiados, porque la amenaza que se encuentra contenida en la punibilidad debe ser concretizada en la persona y en la conducta de un sujeto determinado, para que más o menos puede decirse que la tutela se acerca a lo real.

La amenaza de restricción o privación de derechos se concreta en la penalidad o punición y es materializada cuando se ejecutan las sanciones impuestas a los sujetos activos del delito; realiza plenamente el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* y cumple con las etapas de la política penal de las prevenciones general y especial.

La penalidad o punición no debe ser impuesta si previamente no han sido comprobadas la existencia del delito-tipo, del delito y de la responsabilidad y tampoco, si no la pidió en forma precisa el Agente del Ministerio Público que se encuentra adscrito al juzgado penal, fundamentando y motivando debidamente cada una de sus peticiones.

Para que el *ius puniendi* o derecho de sancionar penalmente los delitos sea realizado en forma integral, es preciso que después de la imposición de las sanciones punitivas al sujeto que cometió el delito, éstas sean ejecutadas por la autoridad correspondiente, en la manera precisa en que fueron decretadas por los jueces en su sentencia.

De la penalidad o punición encontramos pocas definiciones que satisfagan nuestras exigencias. Generalmente los doctrinarios confunden los términos de punibilidad, penalidad o punición y pena, asignándoles un concepto y una definición genéricos, que no sirven para quitarnos la duda, si no que la propician.

ISLAS escribe en los siguientes términos: "Punición es fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención general y determina da cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad". (1516)

Entiendo que la penalidad o punición sigue siendo un medio coactivo, que determina el inicio de la coercitividad estatal, que es fijada por los jueces, para graduar la restricción o privación de derechos al autor del delito, que es concretada en su persona, atendiendo a su grado de reproche (culpabilidad) o temibilidad y a su responsabilidad.

La norma general (delito-tipo) es individualizada en la instancia de la imposición de las sanciones penales. A través de la penalidad o punición, el mandato general y abstracto se torna en particular y concreto (sentencia), en el cual la autoridad judicial impone su personal criterio jurídico, dándole fin al enjuiciamiento del sujeto.

Con la imposición de una pena o medida de tratamiento especializado es reafirmada la prevención general y el mandato sigue siendo un medio coactivo; con él se inicia la etapa de la prevención especial y el ejercicio de la coercitividad estatal, que culmina cuando son ejecutadas y cumplidas las sanciones impuestas en sentencia firme.

Al hablar de una norma particular y concreta que está contenida en una sentencia, debemos suponer que tendrá como basamento las características del sujeto como ente biopsicosocial, las peculiaridades y modalidades del delito y de la responsabilidad, que son los requisitos para proceder a la individualización e imposición de las sanciones.

Por ello, otros fundamentos de la legitimación de la penalidad o punición lo son, que se haya comprobado la existencia del delito y de la responsabilidad de la persona enjuiciada, con lo cual se procurará darle lo que merece, de acuerdo con su actuación y los preceptos legales, realizando un acto de justicia distributiva.

Los mandatos de las autoridades judiciales que imponen sanciones pena las (sentencias), como cualesquiera de los actos de autoridad, deben contener un fundamento y una motivación; esto equivale a sustentarlos con bases jurídico-legales y con las razones lógico-jurídicas que lo lleven a culminar el juicio con esas determinaciones.

En esos mandatos particulares y concretos entra en juego el arbitrio judicial y el criterio jurídico del juzgador; lo cual no quiere decir que resuelva como mejor le parezca, sino atendiendo a los lineamientos que se encuentran contenidos en la ley penal y a las limitaciones que la misma le impone.

A diferencia de lo que opina ISLAS (1517) sostengo que la penalidad o punición se da tanto para los sujetos capaces, como para los incapaces; solamente que en los primeros se concreta en la aplicación de una pena y en los segundos de una medida de tratamiento especializado, según su responsabilidad penal o social, respectivamente.

Afirmar lo contrario, conduce a la negación de la tutela constitucional, que abarca a cualquier persona, para los sujetos incapacitados mentalmente (inimputables), cumpliendo con ello el espíritu de justicia que emana de las normas de nuestro sistema jurídico y que tiende a ser realizado en el procedimiento penal, sin excepción alguna.

Tanto las penas como las medidas de tratamiento especializado, poseen idéntica esencia, aun cuando tienen lógicas diferencias de grado. Si la pena se sustenta con la culpabilidad y la responsabilidad penal, sucede algo semejante con las medidas, que encuentran su fundamento en la temblabilidad y en la responsabilidad social.

Inimputables (capaces mentales), o incapaces (incapaces mentales) deben recibir un tratamiento similar en el procedimiento punitivo; es por ello que en mi teoría, el elemento normativo tiene dos facetas: Por un lado se refiere a la culpabilidad (libertad, exigibilidad y reprochabilidad) y por el otro, a la temblabilidad.

Otro de los tantos errores de nuestro sistema jurídico-penal ha sido el de considerar que los sujetos incapacitados mentalmente no cometen delitos y sin embargo, se los sanciona de manera semejante a los capaces; claro está que es vulnerándoles sus derechos esenciales en el procedimiento para comprobar el delito y la responsabilidad.

Para mí, las diferencias que pueden existir en cuanto a su comportamiento son mínimas, en relación con el de los inimputables y por esa razón, he procurado que los beneficien los mismos aspectos negativos del delito, además que en su comprobación y en la de la responsabilidad, tenga que seguirse un proceso similar.

Con ello estoy garantizándoles sus derechos a los incapaces y no vulnero disposición legal alguna; toda vez que el CPTP (que se aplica supletoriamente) faculta a las autoridades para valorar la infracción penal imputada, la participación y la personalidad del sujeto, siguiendo su recto criterio y su prudencia, aunque con ello se aparte del sistema legal. (1518)

(1517) "e) La punición se dicta sólo contra sujetos inimputables." ISLAS. Contenido de las Normas Penales. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 84, número 1. Volumen I. Enero-marzo de 1993. México, Distrito Federal.

(1518) Cfr. Arts. 495/9. El CP no tiene disposición semejante.

Si para enjuiciar a las personas capaces e incapaces seguimos un procedimiento legalmente establecido, estaremos garantizándoles a todos los mismos derechos y a los inimputables, les otorgaremos el lugar que les corresponde en la sociedad y en el marco jurídico, como sujetos dignos de una tutela especial, en razón de su inferioridad psíquica.

Muy cierto es que la punibilidad debe ser graduada atendiendo a la calidad del bien jurídico tutelado y a la magnitud del ataque y también es verdad que la penalidad o punición debe ajustarse según el grado de reprochabilidad o temibilidad con el cual se califique al sujeto y su responsabilidad penal o social.

Si al finalizar el juicio hubiesen sido comprobadas la reprochabilidad y la responsabilidad penal, es procedente individualizar una pena, cuya duración debe fijarse tomando en cuenta las modalidades del delito, sus circunstancias generales o especiales, que agraven o atenúen las sanciones y la punibilidad que corresponde al delito.

Las peculiaridades del sujeto también deben ser consideradas, tanto para individualizar penas, como medidas de tratamiento especializado; empero, en estas últimas, sólo servirá como marco de referencia a punibilidad que correspondiera al delito simple, sin agravaciones ni atenuaciones, concediéndoles un privilegio.

Esta disposición la introduzco, porque considero que el trato para los incapaces o inimputables debe ser más benigno toda vez que demuestran una inferioridad psíquica, cuando los comparamos con los capaces o imputables que, desde luego, deben estar plenamente comprobada en el elemento normativo o temibilidad, con los dictámenes periciales pertinentes.

Entiendo que la justicia distributiva reclama un tratamiento más leve y más equitativo, adecuado para las personas que sufren alguna anomalía mental de carácter permanente, que los imposibilita para comprender las consecuencias jurídicas y materiales que genera su comportamiento. Ya basta de que un derecho penal "humanitario" les asigne calidad de bestias.

A mejor opinión, desde luego de quien mire mi teoría desde una óptica diferente a la que utilizo, por haberla creado, con estos principios se logra un mejor tratamiento para los incapaces o inimputables, Asegurándole con ello un matiz más humano a la disciplina jurídico-penal, que así adquiere una realidad más científica.

La autoridad judicial debe imponer las sanciones penales, previa petición fundamentada y motivada del Agente del Ministerio Público, en términos claros y precisos, con relación al tiempo que durarán y a la forma de ejecutarlas. Si no se reúnen estos requisitos, no deben ser aplicadas o bien, se tendrán por no impuestas.

Así como no es dable a la autoridad judicial suplir las deficiencias que tenga la Representación Social en sus pedimentos, tampoco es jurídicamente factible que la ejecutora supla los yerros del juez, en lo que le corresponde a la penalidad o punición. Ambos deben fundamentar y motivar debidamente sus actos de autoridad, como lo manda la Ley.

De esto resulta que podemos enunciar una nueva regla o principio para que rija en las disposiciones de nuestra disciplina: La sanción no pedida por el Ministerio Público, no debe ser impuesta por el juzgador. La sanción no determinada claramente por el juez, no debe ser ejecutada por la autoridad correspondiente.

Cumpliendo con los requisitos que marca la Ley, las peticiones del Agente Ministerial en sus conclusiones y los decretos del Juez en las sentencias deben estar perfectamente fundamentados y motivados, para evitar que con ellos se conculquen las garantías que otorga la CPEUM en la materia penal y que sean propiciatorios de injusticias.

Esto es porque con los actos injustos se provoca el terror penal y el núcleo social vivirla en un tremendo estado de inseguridad jurídica, que son la tumba de nuestro sistema legal y de las disposiciones doctrinales que sustentan al ius puniendi (derecho de sancionar penalmente los delitos) y al ius poenale (derecho penal).

La penalidad o punición debe procurar que sea reafirmado el principio rector general del derecho que reclama: *Nullum crimen nulla poena sine lege* (no hay delito ni pena sin ley); evitarlo colmar las lagunas legales por cuanto hace a la integración de las conductas delictuosas y a las punibilidades que deben corresponderles.

Por último, debe hacer referencia a la sanción o pena. Con ella finalizan los niveles de las sanciones penales y culminan las instancias de las autoridades del Estado que están relacionadas con nuestra disciplina. La sanción o pena es la real consecuencia del delito y en ella entra en juego la coercitividad estatal, en toda la extensión de la frase.

Una vez que la autoridad judicial ha decretado en forma clara y precisa las sanciones que les corresponden a las personas responsables de las conductas que integran un delito en el mundo jurídico y que su resolución no fue recurrida o han sido agotados todos los medios de impugnación, debe dársele paso a la instancia penal de la ejecución.

La ejecución de las sanciones o penas cumple con la necesidad social de garantizar la seguridad jurídica de todos los miembros del núcleo, en ello vemos su fundamento y su legitimación. Su marco de legalidad lo encontramos, primeramente, en la sentencia, en la cual deben establecerse en forma precisa su duración y la manera en que será ejecutada.

La sanción o pena es la manera en que se concreta la justicia distributiva, ya que nos indica que al deliriente le fue impuesta la consecuencia que se mereció por haber asumido un comportamiento delictuoso y que a la persona ofendida, deba resarcirla de los daños que sufrió en sus bienes jurídicamente tutelados; así, se le da a cada uno lo que es justo.

También la sanción o pena nos muestra en todo su esplendor el ejercicio del ius punitivum o derecho de sancionar penalmente los delitos y de la coercitividad estatal; toda vez que será ejecutada, prescindiendo de la voluntad del sentenciado y si es preciso, recurriendo al auxilio de la fuerza pública, para obligarlo a cumplir con ella.

El Poder Ejecutivo del Estado ha delegado la responsabilidad de ejecutar las sanciones o penas en la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social y éste es el órgano encargado de vigilar que los sentenciados cumplan con las sanciones en los términos en que los fueron impuestas por la autoridad judicial.

Así, la sanción o pena nos permite llegar a la instancia en que es ejecutada la amenaza estatal contenida en la punibilidad y que fue concretada en la penalidad o punición, realizando las funciones de política penal que tienden a la prevención especial, para que no se cometan conductas consideradas como delictuosas.

Con la ejecución de las sanciones o penas se cruza que se ha logrado proteger en forma más eficaz al bien jurídico privilegiado que absorbió en su tutela la ley punitiva y que con ello, el titular del derecho se satisface sus necesidades y garantiza su seguridad jurídica, al prevenirlo de nuevos ataques. (1519)

Las definiciones acerca de la sanción o pena son escasas en la doctrina. ISLAS nos dice: "En cuanto a la pena, ésta es la real privación o restricción de bienes al autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización". (1520)

DE LA BARRERA declara: "La pena consiste en la ejecución de la punición impuesta por el juez en la sentencia condenatoria" (1521), "la pena no es efecto del delito, pues no opera entre ambos el principio de causa efecto; sin embargo la pena debe ser la consecuencia del delito y de la punición, en sentido estricto". (1522)

(1519) Este principio en la práctica se ve desvirtuado, porque la pena no cumple con las funciones asignadas.

(1520) ISLAS. Contenido de las Normas Penales. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 84. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

(1521) DE LA BARRERA. Punibilidad, Punitivo y Pena. Correctivos y Sustitutivos de la Pena. Ponencia. Op. cit., pp. 110/1.

(1522) IBERA.

A la sanción o pena la entiendo como el medio coercitivo a través del cual, la autoridad ejecutora restringe o priva de ciertos derechos esenciales a la persona sentenciada y que se determina en su calidad, cantidad y forma de ejecución por la autoridad judicial, para realizar la fase de política penal denominada de la "prevención especial".

La abstracción de las sanciones o penas se encuentra contenida en las sentencias formuladas por las autoridades judiciales y de ellas depende el tipo de consecuencia, su hipotética duración máxima y la forma en que va a ser ejecutada; sin estos requisitos es jurídicamente imposible realizar la instancia de la ejecución en el nivel de las penas.

Tenemos que entender que el término "pena", puede ser utilizado como género y especie. En el sentido genérico, va a tomarse como la sanción penal, que abarca a las penas, a las medidas de tratamiento especializado y a los beneficios penales. En su significado específico, comprende a la sanción que corresponde ejecutar en las personas capaces.

Esta situación bien puede sonar contradictoria, en el entendido que el género y la especie tienen la misma denominación. Es cierto, mas tengo el porqué: trato de justificar el nombre que tradicionalmente le ha sido asignado a nuestra disciplina y si no hablo de penas, la ciencia que estudiamos no podría ser "jurídico-penal". (1523)

Hasta antes de proceder a su ejecución, la pena como género (o sanción penal) no es sino una abstracción que se encuentra contenida en la sentencia y allí le ha sido fijado un término máximo de duración, que también es abstracto; en realidad, el tiempo de la pena corresponderá a las posibilidades de rehabilitar socialmente al condenado. (1524)

En la ley que rige a la ejecución de las sanciones penales debe indicársenos cuáles son los requisitos para que podamos declarar que el delincuente está rehabilitado y puede sucedernos que en el momento en que va a sentenciárselo, se demuestre que se le debe dar por culpurgado, aunque no lo hayamos sometido a tratamiento alguno.

Es mentira que la real restricción o privación de bienes jurídicos al autor del delito esté determinada en su máximo por la culpabilidad, esto nada más ocurre en la hipótesis de la sentencia (penalidad o punición). En la realidad de hecho, su duración mínima y máxima le marca la posibilidad de rehabilitar socialmente a una persona. (1525)

La pena genérica (o sanción, como le digo), es un hecho particular y concreto, como acertadamente señala ISLAS, (1526) que es realizado en la instancia de la ejecución de las sanciones penales y tiende a concretar a la penalidad o punición y a la punibilidad; esto es, que si esos dos niveles no han sido agotados, no podrá existir.

La ejecución de la pena parte del supuesto de que ha sido plenamente comprendida el delito y de la responsabilidad. Aunque si esto no se dio y la sentencia en que fue impuesta la sanción queda en firme, la autoridad ejecutora debe proceder al cumplimiento de la función que tiene encomendada.

(1523) Es muy lógico: Si queremos hablar de un "derecho penal", todos sus conceptos, definiciones y principios deben girar en torno a la pena. No nos sonaría muy familiar hacer referencia a una ciencia "sancionadora penal" o "penalmente sancionadora".

(1524) A menos que el condenado no cumpliera con las disposiciones legales, porque de no ser así, no podría rehabilitárselo y la duración de la pena no podría rebasar lo que nos indica la sentencia.

(1525) Como vemos con posterioridad, el fin de la ejecución de las sanciones penales es el de rehabilitar socialmente al condenado; la resocialización y la repersonalización pueden ser el antecedente de la rehabilitación, pero no deben sustituirla.

(1526) ISLAS. Contenido de las Normas Penales. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 85. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

En términos formales, bien puede decirse que a la comprobación de la existencia del delito y de la responsabilidad, le sigue como consecuencia ineludible, la pena. DE LA BARRERA lo plantea así: "Dado un delito, debe darse una sanción, y dada una sanción debe darse una pena", (1527) aunque materialmente no siempre ocurra así.

El fundamento real de la sanción o pena, lo es la penalidad o punición, que es ingesta en la sentencia, en la cual se supone que han sido comprobados el delito y la responsabilidad, que decreta la duración hipotética y la forma en que debe ser ejecutada la sanción penal. Sin esos requisitos no debe procederse a la ejecución.

(230) LAS NOMAS CONSTITUCIONALES RELACIONADAS CON LAS SANCIONES PENALES.

Ahora bien, si hemos hablado de las sanciones penales en sus diferentes instancias y en sus distintos niveles y dijo que deben tener un marco de legalidad y otro de legitimación, es procedente que complete ese planteamiento, haciendo el análisis de las normas legales que están relacionadas con ellas.

Todas las disposiciones contenidas en los códigos penal y procesal penal deben tener como antecedente inmediato las normas que integran a la CPEUM, que les delegan el derecho de constituirse y así procurar la salvaguarda de los bienes jurídicos del hombre que en ella se encuentran plenamente garantizados.

Por ello, es preciso comentar, en primer plano, el contenido del principio máximo que rige para toda nuestra Carta Magna: "Art. 1º En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establezca".

Aunque la mayoría de los autores no lo hayan considerado, este principio es muy importante en las materias penal y procesal penal, en virtud de que es la base para procurar el respeto a las garantías que rigen en el procedimiento, para las personas inimputables; lógicamente, relacionado con la imposición y ejecución de las sanciones.

Este postulado puede completarse con la primera línea del precepto 4º que nos dice: "El varón y la mujer son iguales ante la ley", con lo cual queda nítida la idea de la igualdad de todos los individuos ante los ojos de la Ley Penal y por ello, deben serle garantizados sus derechos en las instancias y en los niveles de las sanciones.

Con relación al beneficio penal que convierte la pena privativa de libertad corporal en jornadas de trabajo en favor de la comunidad, tenemos lo dispuesto en el artículo 5º que no rige para el trabajo penitenciario, porque éste nada más es regulado por el precepto 18º aunque algunos doctrinarios opinen en contrario.

El numeral 13º se encuentra relacionado con las sanciones penales, en su instancia de la imposición y en el nivel de la penalidad o punición. Lo dispuesto en la norma 14º rige tanto para la instancia de la imposición, como para la de la ejecución de las sanciones penales, en los niveles de penalidad, punición y pena.

Puedo afirmar que el artículo 15º es aplicable en la imposición y en la ejecución, porque la extradición rige a estas dos instancias y sus respectivos niveles. La primera parte del precepto 16º gobierna a todos los actos de autoridad relacionados con el procedimiento penal y la ejecución de las sanciones.

La disposición 16º en su segundo párrafo, opera en la instancia de la imposición de la penalidad o punición. La del número 17º reglamenta a la misma imposición y la de la norma 18º a la ejecución. En las previsiones 19º y 2º se reglamentan las garantías penales en el procedimiento; por lo tanto, también tienen incidencia en la instancia de la imposición.

(1527) DE LA BARRERA. Punibilidad, Punición y Pena. Sustitutivos y Co-
rectivos de la Pena. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 111. Número
1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

El artículo 21º es más importante con relación a nuestro tema, toda vez que precisa que la etapa de la imposición, es exclusivamente de la competencia de la autoridad judicial y detalla las funciones del Ministerio Público y de los juzgados calificadores, que son autoridades administrativas.

Asimismo, esa norma prescribe que el monopolio de la acción penal le corresponde al Ministerio Público, a través de sus Agentes, quienes tienen a su cargo pedir al juzgador que individualice e imponga las sanciones penales que son aplicables en cada caso concreto y determinar el ejercicio de la pretensión punitiva estatal.

En el número 22º se hace referencia a éstas que no pueden ser determinadas, impuestas o ejecutadas, con sus excepciones. La norma 23º nos habla de tres instancias para los juicios penales, aunque están referidas al procedimiento; de que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos delictuosos y de la prohibición de absolver la instancia.

La disposición 39º menciona que el poder Público se instituye en beneficio del pueblo y dimana de él; el precepto 49º en su segundo párrafo, dispone que no podrán reunirse dos o más poderes estatales en una sola persona o corporación. Del artículo 71º al 79º se mencionan las facultades del Poder Legislativo.

El numeral 89º habla de las atribuciones del Poder Ejecutivo y del 103º al 107º se regulan las facultades del Poder Judicial. Algunas de esas prerrogativas están relacionadas con nuestra disciplina y otras no; para poder descubrirlas, bastará con analizar cada una con detenimiento. (1528)

En el CPF, el artículo 7º, en su primera parte, pretendió regular el principio de legalidad (*nullo crimen nulla poena sine lege*), al disponer: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"; principio que, según mi estima, sólo puede ser ubicado en las instancias de la determinación y de la imposición.

El mismo ordenamiento designa, en su Libro Primero, el Título Tercero, para las reglas de la aplicación de las sanciones (individualización e imposición), reglamentadas en VI capítulos y el Título Cuarto, para la ejecución de las sentencias, regulada en IV capítulos. Además que existen otras legislaciones que son aplicables en la última instancia.

Los CPP y CFPF también contienen varias disposiciones relativas a las distintas instancias y a los diversos niveles de las sanciones penales y con ello se completa la cuestión relativa a su fundamento de legalidad; lo que concierne al fundamento de su legitimidad, fue analizado en el inciso precedente.

(231) LA FUNCIÓN DE LAS SANCIONES PENALES.

Cuando nos preguntamos cuál es el fundamento de las sanciones penales?, debemos resolver la cuestión relacionándolas con sus tres instancias y sus tres niveles; Así es que tenemos que responder a tres certijos: ¿para qué determinamos las punibilitades?, ¿para qué imponemos las penalidades? y ¿para qué ejecutamos las sanciones?

Las tres respuestas anteriores se encuentran íntimamente ligadas a las etapas que cumplen con la política penal, dirigidas a la prevención de las conductas delictivas, intimidando a los sujetos con una amenaza general o especial, para que se abstengan de realizarlas y observen los deberes contenidos en las normas punitivas.

Así es que el primer punto a determinar lo será el de la resolución de las etapas que componen la política penal, qué es lo que abarca cada una de ellas y de qué manera inciden las reglas del sistema jurídico en su cumplimiento, señalándoles al mismo tiempo la importancia que merece cada una de ellas.

(1528) Otra opinión al respecto, la encontramos en: DE LA BARRERA. Punibilidad, Punitión y Pena. Sustitutivos y Correctivos de la Pena. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p.p. 93/4. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

Generalmente, se ha estimado que la política penal nada más abarca a los aspectos de la prevención y el combate de los delitos, que van a estar asociados con las instancias de la determinación y de la imposición, en su caso, y a los niveles de la punibilidad y de la sanción o pena, respectivamente, desafiando la imposición de la penalidad o punición.

Considero que en los tiempos actuales, y esto debió hacerse en todas las épocas, la imposición de la penalidad o punición adquiere una mayor relevancia en la política penal, habida cuenta que con ella se pretende realizar la justicia distributiva, que es uno de los fines primordiales de todos los sistemas jurídicos.

A la imposición de las penalidades o puniciones no la asoció con la prevención especial, aunque no le fue otorgada la importancia que realmente debería tener, en el entendido que es la etapa de la política penal en la que se realizan en forma plena todas las disposiciones jurídicas y se intenta la efectiva protección de los bienes fundamentales.

La instancia de la imposición de las penalidades o puniciones mucho tiene que ver con una exacta estructuración de todas las reglas del sistema jurídico en un código penal y del procedimiento, que nos permitan valorar en forma exacta la existencia del delito y de la responsabilidad, la individualización y la graduación de la punibilidad.

Así es que, quisiérase que no, en todo el sistema jurídico punitivo y en las etapas de la política penal, debe adquirirse prevalencia la dogmática (disposiciones normativas: su interpretación, su integración, su construcción y las aplicaciones que podamos brindarle), que GIMBERNAT se atreve a cuestionar. (1529)

Ha intentado realizarse la prevención general en la instancia de la determinación de los delitos y de sus punibilidades, enunciando en forma perfecta las conductas que el hombre debe abstenerse de realizar y la voluntad de su evitación se deja sentir cuando la ley dispone que al que las ejecute, debe ser aplicada una sanción.

Dicha sanción se vuelve penal, porque la consecuencia del delito siempre será una pena, (1530) y a esa pena, siempre deberá entenderse como un mal. (1531) No es posible, en efecto, que la voluntad de evitar un hecho vaya acompañada con la promesa de un premio para el que lo cometa. La pena debe ser necesariamente un mal. (1532)

La pena, en lato sensu, (1533) siempre debe ser considerada como un mal; es necesario que quien la sufra comprenda lo que hizo y trate de borrar su culpa. Claro está, que hay de males a males y en nuestros tiempos, ya no sería perfectamente cuerdo clavar al condenado en una estaca o bien, decapitarlo. La pena tiene sus límites.

La amenaza y la imposición de las sanciones penales solamente produzcan efectos en las personas capaces de comprensión; en la medida en que el hombre desatiende los deberes que las normas jurídica le imponen o causa un mal por causarlo, está demostrando que es necesario que le sea aplicado un tratamiento que tienda a su rehabilitación social.

(1529) GIMBERNAT. *¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídico-Penal? Problemas Actuales de Derecho Penal y Procesal.* Salamanca, 1971.

(1530) La naturaleza de la sanción no ha variado; por ello nuestra disciplina se denomina "ciencia jurídico-penal". Lo que ocurre es que su sentido no es el mismo y además, lo han sido establecidos ciertos límites.

(1531) Esto es porque dije que la rama jurídica que nos ocupa es "penal" y no "penal". La pena es un mal que se le devuelve al individuo que hizo un daño, procurándole un bien: Su rehabilitación social.

(1532) SOLER. *La Teoría de la Culpabilidad*, p. 22. Cursillo. 30 de julio y 1º de agosto de 1947. Montevideo, Uruguay.

(1533) La pena, en lato sensu, es la sanción penal, que adquiere el carácter de género y que tiene además, dos especies: La pena (stricto sensu) o sanción, para capaces de comprensión y conducción adecuadas y las medidas de tratamiento especializado o sanción para los incapaces de comprensión y conducción.

No es contradictorio afirmar que las personas inimputables o incapaces de comprensión o conducción adecuadas, también pueden ser sujetos de una pena en sentido amplio, que adquiere el carácter de tratamiento especializado, que también tiene como fin la rehabilitación social del condenado y si no, la protección del núcleo.

Es el mismo fundamento que dio la tendencia positivista, aunque los planteamientos que se hagan sean diferentes, porque el tratamiento que se les ha dado a las personas incapaces de comprensión y conducción adecuadas, es incompatible con el espíritu de protección que emana del sistema normativo y propicia la inseguridad jurídica.

La amenaza que la norma jurídico-penal contiene es el medio coactivo para la prevención general de las conductas delictuosas; en el entendido que se está haciendo una advertencia de la restricción o privación de ciertos derechos por un tiempo determinado, para que las personas se abstengan de realizar la hipótesis prevista.

Esa prevención general, abstracta, permanente y obligatoria es para todo sujeto; no está referida al comportamiento de un individuo en particular ni mucho menos protegiendo los bienes jurídicos de un sector especial y de esta forma, se cree que estamos realizando la etapa de prevención general en la política penal.

La instancia de la determinación de las conductas delictuosas y de su punibilidad corresponde a una de las formas de realizar la prevención general, mas no es la única; existen otros medios que pueden resumirse en la educación, procurando para el sujeto un estilo de vida y un espíritu de comunidad que lo llevarán a la satisfacción de sus intereses y de sus necesidades. (1534)

Otra de las formas de resguardar el cumplimiento de la prevención general está relacionada con el principio de la mínima intervención de la materia punitiva en la vida social, procurando proteger los bienes o derechos fundamentales por otros medios jurídicos, antes de otorgarles el privilegio de la tutela penal.

En la época actual, la etapa de la política penal de la prevención general no ha cumplido con los fines que se le tienen asignados; el incremento de los factores exigidos delictivos ha propiciado el aumento de los delitos y de la reincidencia, hasta llevarlos a proporciones que nos parecen descomunales.

Por ello, se hace preciso poner muchísima más atención en la etapa de la prevención general-especial, fortaleciéndola con un sistema adecuado para comprobar la existencia del delito y de la responsabilidad, que solamente puede ser logrado, a través de la reestructuración de los códigos penal y procesal penal.

La mayoría de los autores hablan de las instancias de las sanciones penales, ubicando a la prevención general en aquella que se denomina de "la imposición de la penalidad o punición", porque desde ese momento ya se están individualizando las disposiciones generales en la conducta y en la responsabilidad de un sujeto determinado, con el primer paso para proceder a la ejecución de las sanciones penales.

Hasta antes de que expusiera mis ideas con relación al sentido de la etapa de la prevención general, se había dicho que ésta se cumplía cuando las autoridades judiciales imponían una pena o "medida de seguridad" al sujeto responsable de un delito o de una infracción penal, sin darle a la valoración la importancia que merecía.

Tal parece que desde que las tendencias positivistas influyeron en el derecho, dando origen a la Criminología, a la ciencia jurídico-penal se le relegó a un segundo plano y ahora, con la Criminología crítica, a un tercer lugar; aunque hay que rescatarla rápidamente y brindarle el sitio que desde siempre ha tenido destinado.

(1534) Estos son los medios que le dan un nuevo sentido a la ejecución de las sanciones penales, para procurar la rehabilitación social del sentenciado. De ellos nos habló ADLER en Superioridad e Interés Social.

La última etapa de la prevención general y la primera de la especial, es realizada en la instancia de la imposición, en la cual debe valorarse la existencia del delito y de la responsabilidad, la individualización e imposición de una pena e medida de tratamiento especializado y esto solamente puede hacerse con parámetros jurídicos.

El mundo de la juridicidad adquiere notabilísima importancia en el momento de realizar la valoración jurídica del delito y de la responsabilidad, para comprobar plenamente su existencia y asimismo, proceder a la individualización e imposición de las sanciones penales y más aún, ninguna de las actividades relacionadas con estos fenómenos podría prescindir de él.

Ya una vez que causa ejecutoria la sanción penal impuesta en la sentencia, la prevención especial es realizada a plenitud, porque la función coercitiva del Estado se descarga sobre un cierto individuo, efectándola aun en contra de su voluntad y si es preciso, utilizándose el servicio de la fuerza pública.

Se piensa que de esta manera, con el auxilio de las prevenciones general y especial, se salvaguardan los bienes jurídicos del ofendido y también los del resto de la colectividad, de los ataques de ese delincuente y que, aun más, esto intimidará al grupo social y el resto de sus miembros se abstendrá de cometer delitos.

(a) LAS IDEAS TRADICIONALES.

La realidad delictuosa nos demuestra que la política estatal de prevención y lucha en contra de los delitos ha fallado en todos sus aspectos y que es necesaria una reestructuración de la totalidad del sistema jurídico y del tratamiento que les es aplicado a los delincuentes para lograr su rehabilitación social.

Tan importante es rehacer una política, como la otra, puesto que ambas forman parte de un todo que debe adquirir coherencia, para que redunde en beneficio del sector social y pueda iniciarse el combate efectivo contra los fenómenos de la delincuencia y de la reincidencia, habitualidad y profesionalidad del delito.

No porque de repente una nueva disciplina haya adquirido auge, va a reanudarse la lucha ancestral que únicamente ha ocupado a las inteligencias desorientadas, para sustituir el objeto de estudio de otras ciencias y divagar si lo que una dice que es el delito, lo es realmente, si la pena debe ser pena o bien, si antes debían sucumbir.

Para poder dar paso a una orientación más o menos definida en la teoría general de los sanciones penales, como parte integrante de la Ciencia Jurídico-Penal, es necesario que conozcamos aunque sea brevemente los estadios por los cuales ha pasado la sanción penal, a través de un pequeño bosquejo histórico-doctrinal.

Prácticamente, la primera noción que existió en la materia de penas, lo fue la retribución, que pretendía alcanzar la justicia divina o social, devolviéndole al delincuente un mal (pena), por el mal que había cometido (delito), basándose en el principio de la responsabilidad objetiva y posteriormente, subjetiva.

DE LA BARRERA nos explica: "La teoría de la retribución se basa en la creencia de que la culpabilidad del autor debe compensarse mediante la imposición de un mal penal, con el objetivo de alcanzar la justicia. La intervención del Estado reestablece el derecho lesionado". (1535) La pena se tiene esencialmente como un mal.

En su inicio, la pena retribucionista era aplicada con el fin de realizar la venganza social de un grupo en contra del delincuente, para obligarlo a expiar su culpa y de una manera irracional, porque simplemente contaba el resultado delictuoso producido, aunque no pudiera ligárselo a un supuesto autor material.

(1535) DE LA BARRERA. Punibilidad, Punición y Pena. Sustitutivos y Co-activos de la Pena. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 90. Número I. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

La pena no tenía límite alguno y realmente podía entenderse como un castigo nada más; estaba basada en forma fundamental en prejuicios de índole religiosa y pretendiase borrar con ella la culpa del autor del delito, para que subiera al cielo como el más limpio de los justos; ni siquiera por cuanto hace a la magnitud, tenía bien definida.

Posteriormente, se trata de brindarle un correctivo a la responsabilidad y a la retribución mismas, introduciendo a la culpabilidad, que bien podía ser considerada como límite o fundamento de la pena. Lo cual tampoco resultó tan certero, toda vez que la culpabilidad era tomada como un vínculo psicológico entre el autor y el resultado.

La teoría de la retribución subjetiva estima que el significado de la pena radica en la compensación de la culpabilidad, sin que se hubiese encontrado un fundamento verdadero para todos y cada uno de sus aspectos. La culpabilidad psicológica llevaba consigo una multiplicidad de fallas, que no han sido superadas todavía.

En forma esencial, tratábase de hacer descansar a la pena en la idea de que el mal cometido solamente podía borrarse o compensarse, infringiendo al autor del delito un mal, que en apariencia, era de igual magnitud a aquél que había causado con su comportamiento voluntario e intencional, con el cual llegó a integrar un delito.

Ni aun con las nuevas ideas que han sido introducidas en el campo de la culpabilidad por el normativismo y el finalismo, considerándola como un vínculo normativo, la idea de la retribución logra sustentar adecuadamente la amenaza, la imposición y la ejecución de una pena ni el tratamiento de los delincuentes capaces y mucho menos de los incapaces.

Con la teoría de la prevención especial, llegó un pensamiento distinto al campo fértil de la pena: Ya no se trataba simplemente de retribuirle al delincuente un mal con otro, sino de que fueran prevenidos nuevos delitos, corrigiendo, intimidando o volviendo inocuo al sujeto, en la medida en que cada uno de esos fenómenos fuese posible. (1536)

También se habló de la etapa de la prevención general, que tampoco tenía su mira en la retribución, mucho menos en la corrección o el aseguramiento del autor del delito sino que, más bien, pretendía extender sus efectos sobre todos los miembros de la colectividad, por medio de la intimidación y a través de la amenaza de que sería impuesta una pena.

Como era de suponerse, surgió una teoría conciliadora, que trataba de unificar los postulados de las tres doctrinas anteriores, juntando a la retribución, a la prevención especial y a la prevención general, sin que con ello se hubiese logrado explicar ni justificar los niveles, las instancias y la función de las sanciones penales.

Todos esos recobros se legitiman en los argumentos que he señalado al inicio de este subtema y que ROXIN suele explicárnoslo así: "El Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas, y estas tres esferas de actividad estatal necesitan justificación cada una por separado". (1537)

(b) LA TEORÍA DE LA REACCIÓN ESTATAL

En la postura que enmarca al sincretismo penal, no puede tener cabida sino una tesis conciliadora, que encierre la porción de verdad que tiene cada uno de los postulados anteriores. SOLER dice acertadamente: "No es necesario enrolarse en una determinada corriente doctrinaria para reconocer honestamente la dosis de verdad que encierra". (1538)

(1536) Se trataba de corregir al autor corregible; se intimidaba a los sujetos intimidables o bien, se hacía inofensivo al individuo que no era corregible ni intimidable, manteniéndolo privado de su libertad corporal.

(1537) ROXIN. *Problemas Básicos de Derecho Penal*, p. 20. Editorial Reus. Madrid, 1976.

(1538) SOLER. *La Raza de la Culpabilidad*, p. 24. Cursillo. 30 de julio y 1 de agosto de 1945. Montevideo, Uruguay.

Para explicar la función de las sanciones penales la tesis que propongo va a echar mano de la "teoría de la reacción estatal", que sintetiza los cuatro pensamientos anteriores, sacando mis propias conclusiones, que son el complemento de los análisis de las instancias y de los niveles que estudiamos en los incisos anteriores.

Sin más discusiones, aceptemos que al Estado, a través de su órgano idóneo, le corresponde determinar la punibilidad que, junto con el tipo, integrará cada una de las normas que forman un delito-tipo y esto funciona como un medio coactivo, que tiende a fungir como un factor intimidatorio en la totalidad del grupo social.

DE LA BARRERA expone: "Al amenazarse con un mal condicionado a la culpable concreción de un tipo penal, se está formulando una norma jurídica, pues al fin de cuenta esta amenaza es la que determina la existencia de la prohibición o el mandato contenido en el tipo legal: sin punibilidad, los textos legales serán, tan sólo, expresión de deseos (buenos deseos en el mejor de los casos) del legislador". (1539)

Las normas jurídico-penales están dirigidas a regular la conducta social de los individuos, aunque por sí solo el precepto es insuficiente para que sean cumplidas. Las que se dedican a detallar prohibiciones o prescripciones de comportamiento deben ser completadas con la punibilidad o amenaza de una sanción penal.

"Esa voluntad de evitación del delito se deduce con evidencia, pues, para la hipótesis de que la prohibición sea infringida, la ley dispone de la aplicación de una medida deliberadamente escogida para despertar la imagen de algo desagradable", nos dice de manera muy atinada SOLER. (1540)

La punibilidad o amenaza de sanción penal tiende a una intimidación de carácter general, tal como la prohibición de la conducta. El mismo SOLER lo explica así: "Las disposiciones penales contienen, pues, además de la descripción de una conducta, una amenaza. Esa amenaza no va dirigida al juez, sino a los hombres en general". (1541)

La coacción estatal se concreta a través de dicha amenaza de sanción o pena, tiene como primer objetivo intimidar a los individuos capaces para que se abstengan de colmar la hipótesis de comportamiento que prohíbe la norma, realizando con ello, la etapa de la política penal denominada de la "prevención general".

La totalidad de los delitos-tipo (tipo y punibilidad), debe ser estructurada, de manera tal, que todas las personas capten sus disposiciones y de esta forma, podrá intentarse el ansiado efecto intimidatorio, procurando que la gente se abstenga de cometer delitos o bien, procediendo a integrarles jurídicamente e imponiéndoles su sanción penal.

Entendíase que en esta primera etapa, el fin primordial de las normas jurídico-penales lo es el de intimidar al grupo social, en la medida en que sean comprendidos el contenido y la esencia de sus prohibiciones. SOLER nos dice: "El fin del derecho no es que los crímenes se cometan y sean castigados, sino el que sean evitados". (1542)

Si de lo que se trata es de intimidar, la amenaza debe ser severa y seria, con la posibilidad de ser cumplida, si es preciso, utilizando el auxilio de la fuerza pública; es por ello que los órganos estatales que realizan las instancias de la determinación y de la ejecución, fueron investidos con los poderes coactivo y coercitivo. (1543)

(1539) DE LA BARRERA. Punibilidad, Punición y Pena. Sustitutivos y Correctivos de la Pena. Formosa. Revista Mexicana de Justicia, p. 95. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

(1540) SOLER. La Raíz de la Culpabilidad, p. 23. Cursillo. 30 de julio y 1 de agosto de 1945. Montevideo, Uruguay.

(1541) IBERA.

(1542) IBERA.

(1543) La coacción es el uso de la fuerza moral, que tiende a crear intimidación en el sujeto al que se dirige; la coerción es el uso de la fuerza física estatal, para cumplir con esa amenaza. No hay que confundirlas.

Es muy lógico pensar que en la instancia de la determinación de las punibilidades y en el nivel de la prevención general, al sujeto no puede obligársele en forma material a la abstención de los delitos; sólo se le amenazará, para que ello le lleque a su psiquia y no a su cuerpo; (1544) en este supuesto nada más funciona la coactividad.

Suponiendo que la generalidad sea de personas capaces de comprensión y de conducirse adecuadamente, "el derecho penal debe necesariamente operar esos efectos por la vía psíquica, por la cual funciona toda amenaza." Se entiende, en términos generales, no ya con leones, sino con sujetos capaces de comprender lo que es una amenaza". (1545)

El anuncio de un mal futuro está vinculado a la ejecución de la conducta que se encuentra inmersa en una norma y posee carácter delictivo, es una amenaza y el individuo la comprende, cuando siente que si la realiza, acarreará otro mal, que es la sanción penal que le corresponderá por ofender un valor que las leyes jurídicas consideran digno de una protección especial.

Un sujeto que psíquica está capacitado para comprender y para conducirse conforme se lo ordena la normatividad, también es capaz de ser intimidado, cuando prevé que su comportamiento puede acarrearle un mal grave, que le será infringido aun en contra de su voluntad y por ello, bien puede abstenerse de llevarlo a cabo.

Las mismas disposiciones jurídicas considerarán como personas capaces a las que tengan esa posibilidad de comprensión y conducción adecuadas. "Sujeto imputable es aquí el que el derecho considera como capaz de obrar en general sabiendo lo que hace, y dotado, además, de la capacidad de abstenerse", continúa exponiendo acertadamente SOLER. (1546)

Muy clara debe quedar la idea de que los mandamientos penales no solamente deben ser cumplidos por temor a las reacciones punitivas que siguen como consecuencia de la transgresión de la norma; un ente capaz a plenitud debe cumplir los valores que encierra cada una de las disposiciones y observarlos con plena convicción.

La intimidación funciona nada más con los individuos plenamente capaces, que ya tienen cierta tendencia a delinquir, para que se abstengan. Aquellos que tienen espíritu de comunidad y un correcto estilo de vida en una escala de valores firmes, se abstienen por el convencimiento de que eso es lo que debe ser.

El poder coactivo del Estado (amenaza) puede ser ejercitado en la medida en que existan personas en las cuales surta efectos la intimidación; de tal suerte, que con ello se procura la prevención general de las conductas delictivas, realizándose así la primera etapa de la política penal, en la lucha contra el fenómeno llamado delito.

La coacción (intimidación) es la primera etapa del ius puniendi o derecho de sancionar penalmente los delitos y si ella no nos satisface en las necesidades que pretendemos colmar, da lugar al ejercicio de la coerción (empleo de la fuerza material), que es la segunda fase de la prevención especial.

Así, nos resulta que el problema de la intimidación queda resuelto en las personas plenamente capaces o imputables; es decir, para aquellas que están dotadas de posibilidad de captar la esencia de los mandamientos legales y además, pueden conducirse de conformidad con ellos; empero, ¿qué sucederá con las que no son capaces de hacerlo?

A los imputables la ley los obliga a regular su conducta, atendiendo a las prescripciones y a las prohibiciones jurídico-penales, por medio de la intimidación, que realiza la primera etapa de la prevención general y que solamente funcionará en la medida en que comprendan y se conduzcan en la forma en que se les está ordenando.

(1544) Coercitivamente el Estado sólo podría evitar los delitos en forma radical, poniendo un guardián en cada hombre, hasta el infinito; lo cual sería infructuoso. Cfr. SOLER, *La Raíz de la Culabilidad*, p. 24. Cursillo. 30 de julio y 1 de agosto de 1945. Montevideo, Uruguay.

(1545) SOLER. Op. cit., p. 24.

(1546) *IDEM*, p. 27.

Con las personas que no están posibilitadas para comprender y conducirse de acuerdo con los ordenamientos legales, no puede llevarse a cabo esta etapa del plan de prevención general del delito, aunque se tendrá cabida la prevención especial, que nos sirve para readaptar a la primera, volviendo a crear efectos intimidatorios.

Esta doble intimidación tiene lugar cuando el aparato estatal cumple con la amenaza contenida en la punibilidad típica y la descarga en determinado delincuente, puesto que este será el ejemplo de que la coactividad se tornará en coerción en el momento en que sea realizada la conducta delictiva, a través del uso de la fuerza material.

En el momento en que se procede a la valoración de las conductas, para verificar la existencia del delito y de la responsabilidad, tienen lugar la segunda etapa de la prevención general y el inicio de la prevención especial, porque la amenaza va a ser concretada en determinado individuo y esto dará pie para que opere la coactividad.

La parte final de la prevención general se cumple en el momento en que las autoridades judiciales, en la instancia de la imposición, individualizan la punibilidad en un sujeto, imponiéndole una penalidad o punición, aun en contra de su voluntad, que se hará efectiva con el uso de la fuerza material, en la instancia de la ejecución.

Estas dos etapas de la prevención son realizadas tanto en sujetos imputables, como en inimputables, porque ambos casos deberá quedar cabida la existencia del delito y de la responsabilidad penal o social, en su caso, imponiendo y ejecutando una pena o una medida de tratamiento especializado, en su caso.

Ya en el momento en que la autoridad ejecutora procede a cumplir con dicha amenaza, se está realizando la prevención especial, cuyas funciones son: Intimidar al resto del grupo social y segregar a los delinquentes, para someterlos a un tratamiento que procure su rehabilitación o para encerrarlos en un lugar especial, conteniéndolos.

A los incapaces de comprensión y/o conducción adecuadas (inimputables o con reprochabilidad atenuada), el mismo sector social va a encargarse de regularles su conducta, segregándolos del grupo hasta el mismo momento en que estén en posibilidades de ser rehabilitados, después de que hubieren sido sometidos a una medida con ese fin.

La segregación de la vida social también se da para los individuos capaces o imputables que, a pesar de la amenaza, no fueron intimidados y realizaron un comportamiento delictuoso; se los recluirá si el delito de que se trata conlleva la pena privativa de libertad corporal, para sujetarlos también a un tratamiento para rehabilitación.

La exclusión de inimputables o inimputables cumple con la etapa de la política penal de la prevención especial, recluyendo a los sujetos en un lugar idóneo designado por las autoridades estatales, para someterlos al tratamiento médico, clínico, educativo, laboral y/o lúdico o recreativo, que necesitan para ser rehabilitados.

Dentro de la prevención especial no existe como único recurso el tratamiento en exclusión, vemos otros; son diversas las sanciones y los beneficios penales que pueden ser impuestos y ejecutados, de conformidad con los catálogos de penas y medidas de tratamiento especializado que prevé cada una de las legislaciones penales.

En el caso de que la autoridad judicial imponga una pena diversa a la privación de libertad corporal, al sujeto se lo rehabilitará en el mismo acto de cumplimiento, haciéndole ver la gravedad del delito que comitió y las consecuencias que ello le provoca, cominándole a la emienda y recordándole que el hecho de cometer un nuevo delito puede agravar su situación.

La rehabilitación ha sido confundida con la superpersonalización, la readaptación, la educación y la renovación, mas no son iguales y ni siquiera puede decirse que vayan unidas, aunque esto sería lo ideal. Aquella no es más que un subproducto de la autoridad para poder reincorporarse a la vida social, por ello existe con el tratamiento.

El sujeto que cumple con el tratamiento en reclusión o con cualesquiera otra de las sanciones impuestas, por que solo hecho se hace acreedor a la rehabilitación, no importa que no esté readaptado, repersonalizado, readucado o renovado. La rehabilitación es el fin, las otras son los medios para llegar a él.

Claro está que con el tratamiento para rehabilitación se le brindará al sujeto la posibilidad de cumplir con esos fines secundarios de las sanciones penales y que esto debe ser procurado; empero, si no existió tal tratamiento, de cualquier manera las autoridades están en posibilidades de rehabilitar al individuo.

La teoría de la reacción estatal que propone el sincretismo penal, va a tomar en consideración todas las etapas de la lucha efectiva en contra del delito, tratando de analizar el mayor número de problemas que le son propios. Unifica los postulados de la retribución, de las prevenciones general y especial y de la teoría conciliadora.

La idea de la retribución sé que va a ser tomada como la imposición de un mal, a cambio del daño que el delincuente causó con el delito; empero, su esencia va a ser limitada, al atender a la distribución (justicia distributiva), al darle a cada uno el mal a que se ha hecho acreedor con su comportamiento, bajo parámetros legales.

Podríamos decir que es una Ley del Talió mas moderna y mas científica, que se encuentra delimitada por las disposiciones preestablecidas en las leyes penales, que no permiten que sean impuestas sanciones que no están previamente determinadas en los catalogos de punibilidad o bien, que sean ejecutadas al libre arbitrio de la autoridad.

Uno de los principales objetivos de las sanciones penales lo es el de realizar el combate pleno en contra del fenómeno delictivo y de los delinquentes; esto solamente podrá ser logrado si se fundamentan y motivan las instancias de la determinación de las punibilidades, de la imposición de la penalidad y de la ejecución de las sanciones.

Con respecto al fin que trata de cumplirse con la imposición y la ejecución de las sanciones penales, mucho se ha especulado en la doctrina de la Ciencia Juridico-penal y básicamente, todo lo expuesto se refiere no al género (sanciones penales), sino a la especie, que son las penas y dentro de ellas, a la privación de libertad corporal (prisión).

DE LA BARRERA expone: "Si la pena debe servir a fines racionales y debe posibilitar la vida humana en común, debemos inclinarnos a pensar que debe buscar la reinvidicación del delincuente. Se justifica, pues, la pena, como instrumentos de la repersonalización del individuo". (1547)

Esto resultará más o menos verdadero, cuando hagamos solamente referencia a las sanciones penales que conllevan un tratamiento, bien sea que se lo impongan al sujeto en reclusión, en libertad o en semilibertad. Mas, si no ha sido sometido a tal tratamiento, cómo podríamos intentar su repersonalización, readaptación, etcetera.

Es mejor que busquemos el fin de las sanciones penales en un aspecto que sea menos subjetivo y más fácil de lograr. Después de todo, no serviría siquiera tratar de repersonalizar al individuo, si no contamos con su voluntad para que le sea practicado el tratamiento o si dentro de sus planes no está el de que éste tenga buen éxito.

¿Qué tal si en lugar de que hablemos de la repersonalización, de la readaptación, de la reeducación, de la reacción, etcetera, hacemos referencia a la rehabilitación? Esta debe ser entendida como la concesión que hace la sociedad al delincuente, para que se reincorpore al grupo al cual pertenecía antes de cometer el delito.

(1547) DE LA BARRERA. Punibilidad, Punición y Pena. Sustitutivos y Co-activos de la Pena. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 111. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

Para lograr la repersonalización, además sería necesario que el hombre hubiese tenido una personalidad íntegra antes de delinquir y no en todos los casos se da. La readaptación implica que hubiese estado adaptado anteriormente y no siempre lo estuvo. La resocialización requiere que hubiese sido social y tampoco ocurre.

En cambio, sí que puede hablarse de la rehabilitación, porque en las etapas previas al delito, el hombre gozaba de una habilitación tácita para desenvolverse dentro del núcleo que quisiera, sin tener límites; con la comisión del comportamiento delictuoso, es restringido o privado de ese derecho, mientras no se resuelva su situación jurídica.

Una vez que se le dicta una sentencia, aunque la sanción penal no esté referida a la privación de libertad corporal, la autoridad judicial va a decidir si la ejecutora puede rehabilitarlo en ese mismo instante o bien, hasta que hubiese cumplido con el tratamiento necesario para que pueda darse ese consecuencia.

Es lógico suponer que el tratamiento para rehabilitación puede ser llevado a cabo por medio de la repersonalización, la readaptación, la resocialización, la renovación, etc. Pero el hecho de que el sujeto que ha sido sometido a él no hubiere logrado los anteriores fines, no quiere decir que siga ligado a la medida de por vida.

Las medidas que forman el tratamiento en reclusión, libertad o semilibertad, son de tipo médico, clínico, educativo, laboral, recreativo y/o lúdico, según las necesidades del individuo y con ellas bien pueden ser logrados los fines que mencioné en el párrafo anterior, aunque no constituyen la función o el fin esencial de las sanciones penales.

Si con la ejecución de las sanciones penales nos avocáramos únicamente a cumplir con alguno de esos objetivos, resultaría que en determinados casos, el sujeto debe quedar a un tratamiento de duración indefinida, lo cual atentaría en contra de sus garantías individuales y contrariaría los principios de nuestra ciencia.

Sin embargo, cuando hablamos de la rehabilitación, el asunto cambia en gran medida, porque una vez que el delincuente haya cumplido con el término de su tratamiento, podrá ser rehabilitado, sin que importe si fue repersonalizado, resocializado, readaptado o renovado, simplemente, se le permite que se reincorpore a la sociedad.

Es muy necesario que aclare perfectamente mi idea, para que no se preste a confusiones. Desde luego, el interés del grupo social al someter a un individuo que delinquirá a una pena determinada, es que comprenda que lo que hizo estaba mal, que lo reflexione y en lo futuro, se abstenga de repetir conductas dainas a bienes jurídicos.

DE LA BARRERA dice: "Junto al interés del conjunto de la sociedad en que el sujeto no vuelva a delinquir, está el interés del sujeto de llevar una vida plena al cumplir con su pena. La tarea de repersonalización, empero, sólo puede llevarse a cabo con el pleno consentimiento del sujeto. Nadie puede obligar a un adulto a cambiar sus puntos de vista o su modo de vida". (1548)

Por ello, el tratamiento para rehabilitación que conlleva una pena privativa o restrictiva de libertad debe ser completo, atendiendo a los aspectos médicos, clínicos, educativos, laborales, recreativos y/o lúdicos, según lo requiera el delincuente. Definitivamente, se lo somete a él, sin contar con su consentimiento.

Sí, es por la fuerza, eso es muy cierto, aunque bien cabe recordar que ya se lo había advertido en la amenaza que conlleva la punibilidad del delito-tipo y si a pesar de ello, incurrió en un comportamiento delictuoso, tiene que sujetarse a las reglas que ha establecido la sociedad para lograr la convivencia armónica del grupo.

(1548) DE LA BARRERA. Punibilidad, Punición y Pena. Sustitutivos y Correctivos de la Pena. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 112. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

El problema no está en aquellos hombres que delinquen en forma ocasional y cuya tendencia a delinquir es baja o nula, sino en los delincuentes que reinciden, son habituales o profesionales, porque los primeros tendrán la posibilidad de comprender que la sanción penal es la consecuencia de su mala actuación, aunque fuere única.

Si una persona delinquirá, su deber es ajustarse a los patrones sociales que se aplican en ese caso y, por lo tanto, debe someterse al tratamiento. Si con él se logran los efectos de repersonalización, readaptación, resocialización, renovación, etc., esos ya son una ganancia en la lucha en contra del delito y de los delincuentes.

No se va a utilizar la fuerza para que el tratamiento llegue a feliz éxito, eso depende de la voluntad del hombre que es sujeto a él; aunque si se lo va a obligar a someterse a las medidas que preindicaciones de los estudios de su personalidad le son necesarias, porque esas son las reglas que fueron aceptadas en el pacto social.

La ejecución de las penas no siempre lleva consigo el tratamiento para rehabilitación, el cual solamente debe ser aplicado en los casos que sea menester. Si al delincuente puede rehabilitárselo sin tratamiento, perfecto, que se haga; pero si no, que se le apliquen las medidas necesarias, aunque él no lo quiera.

En la doctrina criminológica moderna suele ser muy atacado el tratamiento que se impone durante la ejecución de las sanciones penales, porque se piensa que se crea desigualdad en el poder y la fortuna, según explican TAYLOR, WALTON y YOUNG. (1549) Empero, si no se aplica, ¿nada más vamos a recluirl al individuo en la cárcel por encerrarlo?

Es muy cierto que la justicia jurídica, para crear seguridad en la población del Estado, debe tender a borrar las desigualdades en el tratamiento de los delincuentes, mas también lo es que si en las cárceles hay abusos relacionados con el poder y la fortuna, el problema no es tan sólo de instituciones, sino de hombres.

Sería una irresponsabilidad científica y aún más, de toda índole, dejar que el delincuente purgue su condena recluido tan sólo en un establecimiento determinado y ver si por generación espontánea, logra su repersonalización, resocialización, rehabilitación, renovación, etc. Algo tiene que hacerse para ayudarlo a lograr esos fines. (1550)

En efecto, al individuo no se le va a dar a elegir entre someterse al tratamiento o no, aunque sí va a brindársele la oportunidad de permitir que las medidas que le son impuestas, logren en él el efecto deseado: La repersonalización, la resocialización, la readaptación, la renovación, etcétera, y como meta principal, su rehabilitación.

(1549) TAYLOR, WALTON y YOUNG. Nueva Criminología, p. 72. Editorial Siglo XXI. México 1977. "Hemos abogado por una Criminología normativamente comprometida por la supresión de las desigualdades del poder y la fortuna. Y también hemos abogado enérgicamente que cualquier posición teórica que no asuma como mínimo el compromiso de ese enfoque, habrá de caer en el correccionalismo (es decir, la rehabilitación individual o la reforma social tangencial)".

(1550) DE LA BARREDA opina: "Ciertamente, la supresión de las desigualdades del poder y la fortuna ha de ser la meta. Pero en tanto llega, ¿qué hacer con el individuo que cayó en la cárcel? Sería irresponsable plantear que el caso individual los cientos de miles de casos individuales no nos interesan porque nuestro objetivo es muy superior. Preocuparse por los casos individuales, además, no tiene porqué ser obstáculo en la lucha por el cambio social. ¿Cambiar la sociedad y mientras dejar que miles de hombres se pudran en las cárceles? No, evidentemente. Luchar por los derechos de esos hombres, por el tratamiento más adecuado en las prisiones (el simple trato humanitario es una forma de tratarlo) y, también por la transformación del mundo. Por supuesto, como se explicará más adelante, la prisión sólo habría de utilizarse para casos límite". Punibilidad, Punición y Pena. Correctivos y Sustitutivos de la Pena. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, pp. 112/3. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

La idea central del sistema jurídico en su totalidad, es la de crear igualdad y seguridad a todos los súbditos del Estado, tal y como lo proponen las corrientes modernas y después de que ha imperado una política de corrupción e individualista, esto sólo podrá ser logrado, yéndonos a pasos, tal vez cortos, aunque seguros.

La ejecución de la pena privativa de libertad corporal, tal como cualesquiera las sanciones penales y aun más, en todas las instancias, debe cumplir con una función determinada y la primera tiene una meta firme: Lograr la rehabilitación de los delinquentes y las secundarias, pueden o no ser cumplidas, sin alterar la esencial.

La mira del tratamiento para rehabilitación no debe conculcar las garantías que otorga el sistema jurídico a los individuos y por ello, no debe excederse de los límites que marca la propia ley penal, ni de los que la autoridad judicial decretó en la sentencia. Así es que no podemos esperar a que el delincuente se rehumanice, por ejemplo.

Si las medidas inherentes al tratamiento no lograron cumplir con las funciones secundarias de las sanciones penales, eso no es culpa ni responsabilidad del infractor de la ley y en cuanto se haya concurrido la pena o la medida de tratamiento especializado, debe procederse a su rehabilitación social, en forma inmediata. (1551)

Las medidas médicas, clínicas, educativas, laborales, recreativas y/o lúdicas deben ser seleccionadas con base en la personalidad del sujeto como ente biopsicosocial, para que puedan tener aunque sea, un mínimo de efecto en él. Para cumplir con esta tarea debe echarse mano de los estudios científicos pertinentes.

La duración del tratamiento para rehabilitación atenderá, en primer lugar, al término mínimo y máximo señalado en la punibilidad y en segundo plano, al que hubiese sido fijado en la sentencia. Si en ese lapso no se logró algún efecto positivo en el sujeto tratado, de cualquier manera, debe ser declarada su rehabilitación.

Si el tratamiento aplicado tuvo buen o mal éxito, esto debe anotarse en las cuentas del estado, aunque nunca debe redundar en un detrimento para el sujeto, quien no puede ser retenido, porque no ha logrado rehumanizarse, resocializarse, readaptarse, renovarse, etcétera. Si cumplió con el término de la sentencia, debe ser puesto en libertad. (1552)

Ahora bien, ya pasó de moda la retención, porque el sujeto, a juicio de la autoridad ejecutora, haya tenido mala conducta durante su reclusión. En general, las sanciones penales sólo deben ser impuestas y ejecutadas, cuando haya sido comprobada la existencia del delito y de la responsabilidad. (1553)

(1551) "La meta que debe perseguir la pena no carcela la garantía del individuo de no sufrir un castigo que exceda de su culpabilidad". DE LA BARREDA. Op. cit. p. 113.

(1552) "El éxito de una tarea que persiga el cambio del individuo delincuente depende, en definitiva, de la capacidad para lograr esa transformación en el tiempo señalado para la punición. Es muy probable que para la autoridad ejecutiva ese tiempo sea insuficiente, y que se requiera de un lapso que sobrepase la medida delimitada de la punición. Pero ello no será culpa del sujeto. La incompatibilidad entre la capacidad de la autoridad ejecutora para personalizar y la duración de la sanción no ha de resolverse sacrificando al súbdito". DE LA BARREDA. Punibilidad, Punción y Pena. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 113. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

(1553) Los artículos 88º y 89º del CTF regulaban la posibilidad de retener al delincuente que había concurrido su condena, hasta por la mitad más de su duración, cuando a juicio de la autoridad ejecutora, hubiere tenido mala conducta, durante la segunda mitad de su condena. "Estas disposiciones dan pábulo a que un súbdito que cumple una pena (impuesta por un delito o delito), sufra otra sin haber cometido delito alguno, sólo por su simple [mala conducta]. Esta situación desconoce el principio de que la sanción no puede rebasarse la medida de la culpabilidad". DE LA BARREDA. Punibilidad, Punción y Pena. Sustitutivos y Correctivos de la Pena. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 113. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

(232) LAS SANCIONES PENALES COMO GENERO.

Atendiendo al desarrollo de mi exposición acerca de las sanciones penales, habremos de notar que en todos los tiempos han sido mezclados el género y las especies, que los principios asentados les son aplicables tanto a las penas como a las medidas de tratamiento especializado y que es necesario hacer las diferenciaciones.

Cuando estudiamos nuestro curso de Introducción al Estudio del Derecho, materia en la cual nos son explicadas las nociones generales de la Ciencia Jurídica, oímos decir que toda norma está compuesta por un precepto y una sanción; es decir, por una hipótesis de conducta y por la consecuencia que generará su realización.

El principio anterior nada más se cumple con los actos que son ilícitos y el delito es una de las formas en que puede manifestarse esa especie. El ente jurídico-penal es un acto ilícito, aunque no todos los actos ilícitos están en posibilidades de integrar un delito; hay actos que son ilícitos sin ser delictivos. (1554)

Por ello, bien puede diferenciarse entre actos ilícitos civiles e ilícitos penales. El sello de penal se lo imprime al ilícito la naturaleza de la sanción que es determinada, impuesta y ejecutada como consecuencia de la realización de la conducta que está prohibida. Así nos resulta fácil notar que existen sanciones civiles y penales. (1555)

CARNELUTTI se expresa con gran acierto en los siguientes términos: "El carácter general de lo ilícito, deriva de la calidad de la sanción que castiga el mismo acto; en otros términos, la distinción entre acto ilícito civil y penal se refiere a la diferencia entre la sanción civil y penal". (1556)

No es la estructura de la norma que los contiene, tampoco la pertenencia exclusiva del bien jurídico tutelado, lo que diferencia a los ilícitos penales de los civiles, sino la esencia de la sanción aplicable en cada caso y precisamente por esta razón, es que desde siempre, las sanciones penales fueron equiparadas a las penas.

Como podremos observar, las normas penales están compuestas por un precepto y una sanción, lo mismo que las civiles; en ambos casos, el objeto de la tutela jurídica puede ser un idéntico bien o derecho, que únicamente tendrá como nota de distinción, el hecho de que se lo proteja con mayor o menor energía.

Inclusive, las sanciones civiles y penales, en sentido amplio, muchas veces son iguales, verbigratia, la pérdida de la patria potestad y la multa; aún más, existe una sanción civil que solamente es aplicable en los casos de delitos y que lo es la compensación del daño que, legalmente, en derecho penal, adquiere el carácter de pena pública.

El mismo CARNELUTTI explica: "Pero lo distinción no podría ser formulada en el sentido de que sea penal lo ilícito reprimido con una pena y civil lo ilícito objeto de otras sanciones, a las cuales, como diversas de la pena, se da el nombre de sanciones civiles". (1557)

(1554) Por ejemplo, el acto de pasarse la señal de alto en el tránsito de vehículos, es un acto ilícito administrativo, que no llega a constituir un delito y al hacerlo, se generará una consecuencia o sanción jurídica.

(1555) En el aspecto civil habrá de comprenderse a todo aquello que no esté relacionado con el área de la punición (civil, propiamente dicho, laboral, económico, etcétera). Las sanciones civiles podrán ser, por ejemplo, la multa o la pérdida de la patria potestad, que también pueden derivarse de un delito y adquirir el carácter de penales.

(1556) CARNELUTTI. Teoría del Delito, p. 29. Editorial Argos. Cali, Colombia.

(1557) CARNELUTTI. Op cit., p. 29.

Continúa: "La distinción debe ser, por lo tanto, propuesta de este modo: hay ilicitud civil cuando el acto está castigado con sanciones diversas a la pena; viceversa, habrá ilicitud penal cuando también se aplica contra ella la pena". (1558) Lo ilícito actuará como *genus* y el delito como *species*. (1559)

La sanción que generaba el delito fue identificada con la "pena", ordinariamente ésta era considerada como la privación de la libertad corporal y le era otorgado un carácter público, como el derecho que la regulaba. Empero, tampoco la pertenencia a un catálogo determinado podía ser el índice idóneo para su distinción.

Esto tenía que ocurrir, porque también los delitos podían ser ubica dos en ciertas categorías normativas diversas a los códigos penales, por ejemplo, cualesquiera de los llamados "delitos especiales", a los que nadie podía negarles su carácter delictivo y tampoco el hecho de que iban ser sancionados e integrados de acuerdo a las reglas penales.

Cuando era necesario aplicar las consecuencias de las infracciones penales a las personas incapaces de comprensión y/o conducción adecuadas (inimputables), tratábase de salvar la ineficacia del término "pena" para abarcarlas, diciendo que no eran capaces de delito y que no podía imponérseles una pena y sin embargo, los castigaba!

Por todo ello, el vocablo "pena", resultaba insuficiente para abrazar la amplia gama de consecuencias que tienen carácter punitivo, por seguir a un acto ilícito de ese género y era necesario emplear uno más adecuado, que pudiese comprender a la misma pena y a todo lo que se derivara de la comisión de una conducta delictuosa.

No es que utilice una denominación diversa y novedosa, aunque si existen sanciones civiles diferentes a las de nuestra disciplina, éstas bien podrían nombrarse "sanciones penales", ampliando su cobertura a las penas, a las medidas de tratamiento especializado y a los beneficios penales, que son substitutivos de la prisión.

Las voces "sanciones penales" harán las veces de género, el cual tiene dos especies: a) Las penas, para las personas capaces culpables, que resulten responsables penales. b) Las medidas de tratamiento especializado, para sujetos incapaces, a los cuales les hayan sido comprobadas su temblorosa y su responsabilidad social.

(233) LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS SANCIONES PENALES.

Las sanciones penales son determinadas con el fin de intimidar a la colectividad; son impuestas con el objetivo de intimidar, ejemplificando con un sujeto específico y son ejecutadas, con la mira de que el individuo comprenda el mal que ha hecho, procurando su rehabilitación y su reincorporación al sector social al que pertenecía.

Como todas las instituciones penales, la figura genérica de la sanción (penas y medidas de tratamiento especializado), reúne determinadas características, que en términos generales, son las que siguen:

- A) Legales y legítimas.
- B) Generales o particulares.
- C) Concretas y temporales.
- D) Determinadas y proporcionales.
- E) Racionales y convertibles.
- F) Intimidatorias y ejemplares.
- G) Distributivas y justas.
- H) Instrumentales y finalísticas.

Se dice que las sanciones penales deben ser legales y legítimas, atendiendo a los principios jurídicos genéricos de que no hay pena sin ley y de que no debe haber disposiciones normativas que no encuentren su sustento en las necesidades sociales, bien sea que se trate de punibilidades, penalidades o de su ejecución o bien, de penas o medidas.

(1558) CARNELUTTI. Teoría del Delito, p. 29. Editorial Argos. Cali, Colombia.

(1559) IDEM.

La sanción penal es general, cuando la encontramos en su faceta de punibilidad, porque esa amenaza en la que consiste no está dirigida a un sujeto determinado; en cambio, se torna en particular, si está en sus fases de penalidad o sanción, en las cuales se concretiza la imposición y la ejecución de la pena o medida de tratamiento.

Por cuanto hace a la concreción y temporalidad, aluden a que las tres modalidades de las sanciones (punibilidades, penalidades o penas y medidas de tratamiento especializado) deben estar perfectamente determinadas, en razón de su naturaleza y de los términos mínimo y máximo de su duración.

Ahora bien, las sanciones penales son determinadas y proporcionales, cuando en las etapas legislativa, judicial y ejecutiva, las autoridades atienden a los lineamientos legales y a la necesidad social, para fijar la punibilidad, la penalidad o la sanción y además, las miden de acuerdo a la magnitud del bien jurídico, del ataque y de la reprochabilidad o temibilidad.

También estos cuatro parámetros, convierten a las sanciones penales en racionales, en virtud de que las autoridades deben motivar la determinación, la imposición y la ejecución de las penas y medidas, que pueden ser convertidas a uno de los beneficios penales, si se reúnen los requisitos que estipula la ley.

Las sanciones penales nos sirven para intimidar a los miembros de cada uno de los sectores de la sociedad, en las etapas de la política penal de las prevenciones general y especial y cuando son impuestas o ejecutadas, son el ejemplo de que la coactividad estatal puede hacerse efectiva, mediante el uso de la coercitividad.

Deben ser distributivas, en el entendido que a cada uno de los delitos y de los delincuentes les será fijada una punibilidad y una penalidad, atendiendo a la importancia del bien jurídico, del ataque y de la reprochabilidad de la conducta (o temibilidad del autor) y tratan de ser justas, precisamente porque son el medio para realizar la justicia.

Por último, son el instrumento para brindarle al individuo la posibilidad de comprender el mal que causó con el delito y de que rectifique su comportamiento o bien, someterlo al tratamiento necesario para procurar su rehabilitación y su reincorporación a la sociedad y al tener un fin determinado, las sanciones penales pasan a ser finalísticas.

(234) LAS SANCIONES PENALES Y LAS GARANTÍAS DEL INDIVIDUO

Cuando ensayamos el estudio de las sanciones penales, tenemos que recordar cuáles son las garantías individuales que deben imperar en los estadios de su determinación, de su individualización e imposición y de su ejecución, relacionándolos con las autoridades y con los niveles de la punibilidad, la penalidad y la sanción.

La básica, la encontramos en lo tocante a las autoridades, en el entendido que las punibilidades sólo deben ser determinadas por la legislativa; sólo deben ser impuestas por la judicial y nada más deben ser ejecutadas por el órgano que designe el ejecutivo; siempre fundamentadas y motivadas en el orden jurídico y social.

El Ministerio Público, como órgano penal especial dependiente del ejecutivo, también se encuentra ligado a las sanciones y le corresponde hacer uso de una fase del *ius puniendi*, al momento de ejercer la acción penal y solicitarle al juez que imponga aquellas que son aplicables al delito y a la responsabilidad que se comprobó.

Siempre que a las autoridades penales investidas con el derecho de sancionar penalmente los delitos tengan a su cargo el deber de determinar las punibilidades, imponer penalidades o ejecutar penas o medidas, deben observar que con sus actos no sean conculcadas las garantías que el ordenamiento jurídico ha otorgado a todos los sujetos.

En primer lugar, tenemos el principio de legalidad y legitimidad, que nos marca que la autoridad legislativa, para determinar la punibilidad de cada uno de los delitos-tipo, debe atender a la calidad del bien jurídico, a la naturaleza del ataque que puede inferirsele y a las sanciones que son racionalmente aceptadas por la sociedad.

Otra faceta de estos principios, la tenemos por cuanto hace a la autoridad judicial, quien solamente pueda imponer penalidades o punitivas, cuando haya comprobado la existencia del delito y de la responsabilidad, atendiendo a la punibilidad y a las reglas que para su individualización e imposición señala el código de la materia.

También en cuanto a las penalidades o punitivas, debemos saber que solamente van a ser individualizadas e impuestas, aquellas que están señaladas en los catálogos de normas penales generales o especiales, de acuerdo con las previsiones del delito-tipo y las reglas específicas marcadas para realizar tan delicada tarea.

En lo que toca al Ministerio Público, el principio de legalidad y legitimación, le enseña que solamente podrá solicitar la imposición de las sanciones penales a la autoridad judicial, en concierto con las modalidades del delito y de la responsabilidad que haya logrado probar en el curso del proceso, fundamentando y motivando su petición.

La ejecución de las sanciones penales impuestas en una sentencia firme, debe ser hecha de conformidad con las condiciones que en ella fueron establecidas y además, debe regirse por las leyes de ejecución de sanciones respectivas. Si las autoridades fueron omisas, la determinación, la petición, la imposición y la ejecución se toman inválidas.

Por ello, nos da extrañeza oír decir en los foros de legislación, procuración, impartición o ejecución de justicia penal, que puedan ser suplidias, por ejemplo, las deficiencias del Ministerio Público o bien, que la autoridad ejecutora está facultada para decidir qué beneficio penal le otorga a un individuo condenado.

Eso me causa muchísima preocupación; imagínense si facultáramos a las autoridades para subsanar las deficiencias de la inmediata anterior. ¿Qué tal si el juez pudiera aumentar el mínimo y el máximo de la punibilidad de un delito-tipo, porque le pareciera que el legislador no atendió a la magnitud del ataque o a la calidad del bien?

Hacer afirmaciones tan temerarias, equivale a desconocer en forma absoluta las consecuencias del principio de legalidad y legitimación de las sanciones penales. Aún más, se justifican diciendo que el derecho penal que no permite tales tonterías, es muy rigorista. ¡Qué locura! Claro que las disposiciones punitivas deben ser rigoristas; si no, se tomarían a broma.

Supuestamente, cada una de las autoridades que interviniere en el ámbito penal ha sido habilitada para realizar tan encomiable tarea, porque se supone jurisperita; aunque si no lo son y cometen atrocidades como esas, no tiene porqué venir otra que, tal vez sea más imperito, a corregir sus errores. La Ciencia Jurídico-Penal debe ser rigorista.

En el caso del Ministerio Público, al cual se le conoce como un órgano técnico-jurídico, ayudarlo a salvar sus fallas y con ello perjudicar a una persona, resultaría aún más incomprensible. Que cada una de las autoridades estatales haga bien su trabajo, porque ello va en pro de la seguridad jurídica.

La única forma en que podemos borrar las desigualdades que marcan el poder y la fortuna, es otorgándole a los individuos un tratamiento jurídico-penal igualitario, justo y seguro y qué mejor que limitando al poder estatal con parámetros legales perfectamente delineados, a los cuales tenga que ceñir su actuación.

Una de las máximas garantías que podemos otorgarle a los delincuentes, se refiere a que sean controlados, acusados, juzgados y sancionados por su comportamiento asocial, por personas que conozcan a la perfección los lineamientos legales que rigen su actuación y que, además, sean modelo de conducta y probidad.

Aun cuando un hombre haya errado en su comportamiento social y éste le sea reprochado, a lo menos que tiene derecho es a que se lo enjuicie con justicia, con honestidad y con sapiencia. Un error no debe ser reprochado con otros errores más; cada cual tiene derecho a ser tratado con justicia, para no perder su calidad de ser humano.

Otro de estos principios rectores generales del derecho relacionado con las sanciones penales, afirma que está estrictamente prohibido imponer sanciones predelictivas, en virtud de que solamente deben aplicarse, cuando la autoridad judicial ha declarado la existencia del delito y de la responsabilidad de una persona enjuiciada.

La autoridad judicial únicamente procederá a individualizar e imponer una sanción penal, previa acusación y solicitud del Ministerio Público, hasta que en el momento de realizar la valoración jurídica, haya comprobado que se integró un delito, al finalizar con la culpabilidad o la temibilidad, y la responsabilidad penal o social.

En mi teoría, ya no tiene cabida el afamado principio de culpabilidad, a menos en el sentido que se le había dado, porque adolece de muchas limitantes. El fundamento de la imposición de las sanciones penales, lo es la existencia del delito y de la responsabilidad y la culpabilidad, solamente alude a un fragmento del primer requisito.

La culpabilidad nada más funciona para los sujetos capaces de comprensión y conducción adecuadas, ¿y los incapaces? Además, sólo alude a la prueba o comprobación del delito, ¿y la responsabilidad? Por si fuera poco, únicamente fundamenta la imposición de las penas, ¿y las medidas de tratamiento especializado?

Algunos autores afirman que la magnitud de la culpabilidad es la medida de la penalidad o punición y a mí me parece que eso no es cierto. Ya dije que la culpabilidad no es susceptible de ser graduada, no puede haber un individuo que sea un poquito culpable y otro que resulte con mayor culpabilidad. Solo puede afirmarse que se es o no culpable.

Lo que si acepta grados es el reproche o la temibilidad, que complementan al elemento normativo, en sus modalidades de capacidad o incapacidad, aunque ellos dos son tan sólo una parte de las circunstancias que nos sirven para medir los términos mínimo y máximo de la penalidad o punición, con base en la punibilidad típica.

Aún más, hay quien nos dice que la culpabilidad no opera nada más como garantía a nivel de la imposición de la penalidad o punición, sino también en la instancia de la ejecución de las sanciones penales; a lo cual tampoco considero muy acertado. (1560) La culpabilidad nada tiene que ver con la autoridad ejecutora.

DE LA BARRERA nos explica: "Aun cuando hubiera ya una punición, si se descubre que el sujeto no es culpable, la pena no debe ejecutarse. De allí la figura del indulto necesario". (1561) "La pena, como la punición, halla su legitimación en que el sujeto que ha de sufrirla sea culpable de la comisión del delito". (1562)

(1560) "La pena tiene su fundamento en la punición, y por ello no puede rebasarla. Si se contemplan así las cosas, la culpabilidad no sólo opera como garantía en el nivel judicial, sino también en el nivel ejecutivo". DE LA BARRERA. Punibilidad, Punición y Pena. Substitutivos y Correctivos de la Pena. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 113. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

(1561) Si ya fue impuesta una penalidad, es porque la autoridad judicial consideró que el delito y la responsabilidad quedaban comprobados; aunque, si no fue así, debe recurrirse al Tribunal de Alzada y ello no se da en la instancia de la ejecución. El autor y las disposiciones legales (anteriores a la reforma), están mal. Indultar, equivale a perdonar y si resulta que el sujeto no fue culpable, ¿de qué lo van a perdonar? No es un indulto necesario lo que debe proceder en este caso, sino el reconocimiento de la inocencia de la persona sentenciada injustamente. DE LA BARRERA. Op. cit., p. 111.

(1562) La penalidad o punición no solamente encuentra su fundamento en la culpabilidad, sino también en la responsabilidad penal, si se trata de una persona capaz y en la responsabilidad y en la responsabilidad social, si el sujeto es incapaz. Cfr. DE LA BARRERA. Op. cit. p. 111.

La existencia del delito y de la responsabilidad es el fundamento para la imposición de las sanciones penales; para su ejecución, lo es únicamente la sentencia. No es el Órgano ejecutor, propiamente dicho, quien deba determinar acerca de si se llenaron o no, tales requisitos, sino la autoridad judicial de alzada. (1563)

Ahora bien, partiendo del supuesto que la existencia del delito y de la responsabilidad es el fundamento para la imposición de las sanciones, trataré de abarcar otro supuesto legal que también me parece que es erróneo. Quiero hacer referencia a la "retención", que prevían los artículos 889 y 892 del CFF y que urgía derogar.

La hipótesis legal dictaba que era posible "retener" al delincuente que hubiere expirado su pena privativa de libertad corporal, hasta una mitad más de su duración total, cuando a juicio de la autoridad ejecutora, hubiere tenido "mala conducta", durante la segunda parte de la pena cumplida. ¿Hay delito de mala conducta?

¿Es la autoridad ejecutora la encargada de comprobar la existencia del delito y de la responsabilidad? ¿Esa autoridad está facultada para imponer penas legítimamente? DE LA BARRERA anota: "Más aún: la sanción adquiere un carácter punitivo: no se aplica en virtud de la comisión de un delito, con lo que se viola el principio de legalidad". (1564)

Al delincuente nada más podrá aplicársele una sanción penal, cuando se hubieren comprobado el cuerpo del delito y la responsabilidad y esto tiene lugar en la instancia de la imposición, cuando la autoridad judicial ha valorado los hechos que son materia de la acusación y aquí no debe intervenir el Ejecutivo.

Es el turno de hablar de otra aberración jurídica en materia de la imposición de las penalidades o punitivas, quiero referirme a la "peligrosidad", uno de los peores legados que pudo haberle hechos a la Ciencia Jurídico-Penal el feroz positivismo. El criterio más difícil de comprobar y que abandonó a la idea de la ciencia social.

Muy contradictorio me resulta tener conocimiento que en el instante de proceder a individualizar e imponer las penas, la autoridad judicial deba tomar en cuenta el criterio que supuestamente fundamenta la imposición de las medidas de tratamiento especializado ("medidas de seguridad", les decían los positivistas).

Por fin, del fundamento de la pena lo es la culpabilidad o la peligrosidad? No entiendo de qué forma pueda determinarse, con certeza, que el sujeto es peligroso, del grado de reproche que pueda hacersele al autor de una conducta, indica que constituye un peligro, porque seguramente volverá a delinquir? Yo estimo que no, ¿será porque no soy zahorí?

Considero que la peligrosidad debe ser cambiada por el grado de tendencia al delito cuando se trata de personas capaces (1565) y la temibilidad, cuando los sujetos sean incapaces. Estos son dos criterios más ciertos, que nos permiten cuantificarlos con mayor objetividad y así, ya no habría necesidad de ponernos a jugar a las adivinanzas.

(1563) El sujeto debe recurrir al Ad quem, si la sentencia no está firme. Si ya agotó todos los recursos, deberá acudir al Poder Ejecutivo y no a la autoridad ejecutora, propiamente dicha.

(1564) Le llama "proteco", en honor a Proteo, dios marino que, habiendo recibido de su padre Neptuno el don de la profecía, para librarse de los que lo acosaban con sus preguntas, cambiaba de forma, cuando quería. DE LA BARRERA. Punibilidad, Punitiva y Pena. Sustitutivos y Conectivos de la Pena, pp. 113/4. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia. Número 1. Volumen I. Enero-marzo, 1983. México Distrito Federal. Cfr. Nota de pie de página 39.

(1565) En mi Proyecto tomé en consideración cinco grados de tendencia delictuosa: 1. Infractor. 2. Primodelincuente. 3. Reincidente. 4. Habitual. 5. Profesional. Esto únicamente va a servirnos como una de las circunstancias para tasar la sanción a imponer.

La peligrosidad tiene muchas consecuencias nefastas para los individuos capaces, puesto que también se cree que es más peligrosa la persona que ya cuenta con antecedentes penales y ello las perjudica, porque hasta la misma ley les vulnera su derecho al trabajo, al prohibirles expresamente aspirar a ciertos puestos públicos.

Además, la peligrosidad también es considerada como delito, porque el artículo 255º del CPF nos dice que es un acto ilícito penal no dedicarse a un trabajo honesto sin causa justificada y tener malos antecedentes; éstos lo son la habitualidad, la peligrosidad, la drogadicción, la mendicidad y el hecho de ser tahúr.

También el precepto 256º del CPF sanciona a la peligrosidad y a las sospechas, al disponer que a los mendigos, a quienes se aprehenda con disfraces, armas o instrumentos que den motivo para sospechar que tratan de cometer algún delito, se les impondrá prisión y vigilancia de la autoridad, esta última, por el tiempo que el juez estime pertinente.

Bien sea que se aplique la peligrosidad predelictiva o postdelictiva, evidentemente al sujeto le están siendo vulnerados sus derechos individuales y por ello, las garantías de las sanciones penales deben ampliar su radio de acción, para evitar que estas figuras caducas en la Ciencia Jurídico-Penal sigan siendo aplicables.

El hecho de erradicar a la peligrosidad de la integración de las conductas delictivas y de la imposición de las sanciones penales, irremediablemente nos conduce a tratar de exponer lo relativo a la reincidencia y a la habitualidad, que reglamentan los artículos 65º y 66º del CPF en forma muy infeliz.

A los delincuentes que reinciden o son habituales se los está considerando también como peligrosos y esto agrava su situación, al prever en el texto legal que se les imponga una pena mayor, extraordinaria a la del delito cometido, y con ello se está vulnerando el principio *non bis in idem* (no debe juzgarse dos veces por la misma conducta).

Además que se impone una pena por el delito que se está sentenciando, se atiende a las conductas delictuosas que hubieren sido realizadas con anterioridad, propiciando con ello que las penas sean excesivas y una reacción punitiva muy injusta, toda vez que no se atiende a que si el sujeto reincide por su tendencia delictiva o por simple gusto.

Esto no debe ser, toda vez que si el individuo ya fue sometido a un tratamiento y éste falló, no siempre es por culpa suya. A la reincidencia y a la habitualidad, junto con otras figuras que demuestren que el sujeto tiende a delinquir, debe tenerse las circunstancias generales que sirven para individualizar e imponer las sanciones.

Es menester recordar que también las sanciones penales previstas en la norma que contiene al delito-tipo respectivo, son las principales y que corresponden a la modalidad del delito doloso cometido, cometido por una persona responsable penal (capaz de comprensión y conducción adecuadas) y que esa es la punibilidad típica.

En todos los casos, para imponer las sanciones penales accesorias u obligatorias, las correspondientes a la modalidad del delito o de la responsabilidad social, debe atenderse al cúmulo de reglas que se encuentran contenidas en las secciones pertinentes de cada uno de los catálogos de la normatividad jurídico-penal.

La individualización de las sanciones penales, en términos generales, debe tomar en consideración a los individuos como entes biopsicosociales, los términos mínimo y máximo de la punibilidad aplicable, las modalidades del delito, las circunstancias de ejecución, el grado de intervención en el delito, las circunstancias personales del ofendido y el daño causado, si son penas.

Si se trata de medidas de tratamiento especializado, los términos previstos para cada una de ellas, las circunstancias de ejecución, los dictámenes e informes sobre la personalidad del delincuente, las circunstancias personales del ofendido, el daño causado y la reacción social.

(235) LAS PENAS.

Cuando la autoridad judicial hubiere comprobado la existencia del delito, con base en el juicio individual de culpabilidad, en el cual se mide la magnitud del reproche social por la conducta asumida, debe proceder en forma inmediata a comprobar la responsabilidad penal, para individualizar e imponer una sanción punitiva a su autor.

La pena es una de las especies de las sanciones penales y debe ser impuesta nada más a las personas que resultaron responsables penales, al haberse comprobado su capacidad de comprender y conducirse adecuadamente, al finalizar el proceso. En concordancia con mis conceptos, debe tenerse como únicas penas a las siguientes:

- a) Privación de la vida.
- b) Privación de la libertad corporal.
- c) Tratamiento especializado para rehabilitación corporal.
- d) Compensación del daño.
- e) Decurso.
- f) Suspensión o privación de derechos.
- h) Publicidad especial de sentencia.
- i) Intervención, rección, suspensión o disolución de agrupaciones.
- j) Penas tutelares.

Es necesario hacer una diferenciación entre penas principales, obligatorias y accesorias. Las primeras son aquellas que están expresamente previstas en la punibilidad del delito-tipo respectivo, de ordinario están referidas a la privación de libertad corporal, aunque puede tratarse de privación de la vida, multa, etcétera.

Tienen el carácter de penas obligatorias (abarcándose también a la responsabilidad social), la multa, la compensación del daño y el decurso, que deben ser individualizadas e impuestas en todos los casos, aun cuando el delito-tipo no las prevaya en su punibilidad, aplicándose las disposiciones enunciadas en la parte general del catálogo.

Por último, son penas accesorias: El tratamiento especializado para rehabilitación corporal, la suspensión o privación de derechos, la publicidad especial de sentencia y la intervención, rección, suspensión y disolución de agrupaciones, y queda la autoridad judicial facultada para imponerlas a discreción.

Las penas tutelares son una cuestión aparte, en el entendido que ya dimos por sentada la posibilidad de que los mayores de doce años de edad y menores de dieciocho, lleguen a ser responsables penales y a ellos debe corresponderles una sanción diferente a la de los adultos que han infringido la ley punitiva.

Además, los catálogos de normas jurídico-penales deben explicar claramente en qué consiste cada una de las sanciones punitivas, en su modalidad de penas, cuáles son los términos mínimo y máximo de su duración, sus limitaciones, su extensión y sus excepciones, sin dar paso a lagunas que no podrían ser llenadas.

Al imponer las penas (sanciones punitivas para sujetos capaces y - responsables penales), las autoridades judiciales deben ajustar su comportamiento jurídico a las reglas específicas que han sido fijadas para su individualización e imposición, explicándonos claramente cuáles serán las condiciones que deben cumplirse en el momento en que sean ejecutadas.

No pueden ser aplicadas por analogía o por mayoría de razón sanciones punitivas que no estén determinadas en una ley o norma exactamente operante en el delito de que se trata. En cuestión de sanciones punitivas, queda estrictamente prohibido integrar los tipos legales y solamente tendrá validez lo que con exactitud esté previsto para ellas.

Con todas estas disposiciones, se trata de salvaguardar el principio rector general de legalidad en el área de la penalidad o de la punición y se procura un tratamiento jurídico justo para todas las personas que se vean involucradas en una relación procesal penal que, a la vez, implica seguridad y confianza en el sistema.

Como dije, la punibilidad contenida en cada uno de los delitos-tipo en particular o especiales, corresponde a la modalidad del delito simple doloso consumado, cometido por persona responsable penal; en todos los demás casos, para establecer, individualizar e imponer las sanciones penales, debe atenderse a determinadas reglas, que están previstas en la parte general de las legislaciones.

Para motivar la individualización e imposición de las penas, las autoridades judiciales tomarán en cuenta los términos mínimo y máximo de la punibilidad respectiva; su aumento o su disminución, según las modalidades del delito; las circunstancias agravantes o atenuantes y de ejecución el grado en que el sujeto intervino en el delito.

Con el fin de conocer la personalidad del sentenciado, considerarán los dictámenes de los peritos médicos, los informes de trabajo social y su grado de tendencia delictuosa; además, deben valorar el daño causado y las circunstancias personales del ofendido, procediendo a relacionar todos los aspectos con su arbitrio judicial.

Si se tratara de un servidor Público, a las condiciones anteriores habrá de agregarse la evaluación de su antigüedad en el servicio, la categoría del puesto que desempeñaba, sus percepciones, sus conductas laboral y social anteriores, la importancia de los daños y perjuicios causados y las circunstancias especiales de comisión del delito.

A mi entender, para que pueda llegar a tenerse conocimiento del grado de tendencia delictuosa de las personas que estamos enjuiciando, debemos centrar la atención en cinco aspectos diferentes, a saber: 1. La infracción. 2. La primodelincuencia. 3. La reincidencia. 4. La habitualidad. 5. La profesionalidad.

Se trata de infractores, cuando los sujetos hubiesen sido detenidos en una ocasión anterior o bien, sometidos a proceso penal, aunque en la sentencia se los haya absuelto. La primodelincuencia se da, si cuando vamos a imponer la pena, es la primera ocasión en que el individuo va a ser sentenciado condenatoriamente.

La reincidencia será tomada en cuenta, cuando el delincuente hubiere sido condenado en un supuesto anterior por sentencia ejecutoriada, aun cuando proceda del extranjero. Hay habitualidad, si el hombre ha tenido en su contra dos o más sentencias ejecutoriadas y también valen las que hubiese sufrido en otros países.

A la profesionalidad se llega cuando la tendencia al delito constituye la fuente de ingresos o el *modus vivendi* de la persona a la cual va a sentenciarse; es decir, que su estilo de vida es inherente a la delincuencia. Todo ello influye en la graduación de las penas, aunque no forma parte de las circunstancias que agravan o atenúan la punibilidad.

Importa asentar que las circunstancias agravantes o atenuantes de la penalidad de orden objetivo influyen en la duración de la punibilidad de todas las personas que hubiesen intervenido en el delito, si las conocían; no sucede lo mismo con las de carácter subjetivo, fundamentadas en calidades especiales o relaciones personales.

Las circunstancias que están referidas a las cualidades de las personas ofendidas, no deben operar en la duración de las punibilidades a imponer de los sujetos que las ignoraban. Una situación especial se da en la individualización de las medidas de tratamiento especializado, en las cuales no influirán las circunstancias agravantes ni las atenuantes.

Las circunstancias que aumentan o disminuyen la duración de las punibilidades típicas, bien pueden funcionar como criterio para individualizar las penas sin que se alteren las disposiciones del delito-tipo o bien, puedan influir en la medida de la punibilidad en proporción que dispongan las demás prescripciones legales.

Por ejemplo, las circunstancias exteriores de ejecución nada más nos sirven para mediar la penalidad, sin alterar la punibilidad típica; no sucede lo mismo con la premeditación, la alevosía, la ventaja, la traición, la pandilla o la cuadrilla, con las cuales la duración de las sanciones del delito-tipo deben ser aumentadas en cierta proporción.

Ahora bien, para establecer las penas que corresponderán a las modalidades del delito cometido con intención indirecta (culpa), deberá atenderse a la punibilidad prevista para el delito-tipo simple, disminuyéndola en una mitad y atendiéndose a que su gravedad es menor a la que corresponde a la intención indirecta (dolo).

La punibilidad que actualmente le es aplicable al delito culposos no me parece que sea muy justa, en el entendido que con la intención indirecta (culpa) se causa el mismo daño que con la directa (dolo) y sólo difieren por cuanto hace a la intensidad de la voluntad que es empleada en cada una de las hipótesis.

En los casos en que el delito-tipo respectivo prevea en su punibilidad una sanción punitiva que esté alternada con la pena privativa de libertad corporal, a la persona que hubiere cometido el ilícito con intención indirecta o culpa, siempre debe serle individualizada e impuesta, la primera de ellas.

Un tratamiento más severo en materia de delitos realizados con intención indirecta o culposos, lo tenemos en la individualización e imposición de las penas en las lesiones o en los homicidios de dos o más personas, en el tránsito de vehículos; cuestión que atiene al reclamo social que se deja sentir con fuerza, ante determinadas hipótesis graves.

En estos supuestos, la gravedad de la culpa debe ser superior a la leve, el sujeto necesita no haber poseído el permiso o la licencia para conducir, desempeñar su trabajo como chofer, cometer otro delito o una infracción al Reglamento de Tránsito, darse a la fuga o huir o bien, conducir un vehículo que precise precaución y seguridad especiales.

Estos transportes pueden ser públicos, locales o federnales, de carga o de valores particulares, de personal o escolares y no es preciso que vayan ocupados. Si se trata de un concurso de delitos, debe ser tomado en cuenta el de mayor jerarquía, para brindar una protección más amplia a los sujetos pasivos o a sus causahabientes.

La calificación de la gravedad de la intención indirecta o culpa debe atender a: 1. La mayor o menor facilidad de proveer el daño. 2. La experiencia, la aptitud y la pericia del conductor. 3. El estado de conservación y del mantenimiento de los vehículos, máquinas, equipos, caminos, vías, aparatos, etc. 4. Las indicaciones de precaución desatendidas. 5. La magnitud del daño causado. 6. El arbitrio judicial.

Para graduar la pena correspondiente a la intención mixta o preterintencionalidad, se requiere disminuir en una cuarta parte la duración correspondiente a la punibilidad del delito-tipo simple. Además, si la culpa o la ultraintención fueron realizadas en el ejercicio de una profesión u oficio, debe imponerse la suspensión o privación del derecho a ejercerla.

Ahora bien, los delitos en grado de tentativa deben ser sancionados, disminuyéndole una tercera parte a la duración (mínima y máxima) de la punibilidad típica, sin que nos importe si el delito intentado fue acarreado, inacabado, desistido o arrepentido: bien, era imposible de ser llevado a cabo.

Cuando se trate de un delito continuado, al responsable deben serle impuestas las penas previstas en las punibilidades del delito-tipo que le corresponda, aumentadas en dos terceras partes. En este caso la compensación del daño debe ser elevada hasta en dos tercios de los daños o perjuicios causados o bien, de los beneficios obtenidos.

Si se nos presenta un concurso de delitos ideal o formal, la punibilidad simple correspondiente debe ser aumentada en una mitad. En cambio, si el concurso es real o material, se impondrá la pena del delito-tipo que merezca la mayor, aumentada hasta con la suma total de las demás punibilidades aplicables.

Ya sabemos, porque existe disposición específica en este sentido, que en ninguno de los casos anteriores, las penalidades correspondientes podrán bajar o exceder de los mínimos y los máximos previstos para la duración de cada una de las punibilidades que vayan a imponer las autoridades jurisdiccionales en un caso concreto.

Me toca hablar de una situación que puede despertar polémica; me refiero a la concurrencia de intencionalidad. ¿Qué pasa si durante la secuela de un procedimiento penal se comprueba que el supuesto ofendido dio motivos suficientes para el ataque de sus bienes jurídicos en forma intencional? (dolosa o culposa).

Actualmente, nada; a menos que hubiesen sido consignadas ambas partes (ofensor y supuesto ofendido). Aunque eso no me parece que sea justo. Por ello, determino que si llega a comprobarse la concurrencia de intencionalidad, el ofendido que propició el ataque, sea sancionado con la pena de multa, hasta por el máximo de su duración general.

Aquí no operará alguna otra de las situaciones que previenen los códigos penal o del procedimiento relativas a las modalidades, agravantes o atenuantes, sino que la autoridad judicial debe limitarse a la aplicación de la multa, por el monto que estime pertinente, poniendo en juego su sano arbitrio judicial.

Ello de manera alguna viola las disposiciones referentes a las garantías individuales en el proceso penal, en virtud que en las etapas procesales la conducta debe ser valorada en forma integral, para que podamos determinar la responsabilidad que le corresponde a cada una de las personas que intervinieron en la comisión del delito. Hay que reglamentar el procedimiento justo en el catálogo respectivo.

Ahora, en lo que toca a la forma en que vamos a establecer el aumento o la disminución de la punibilidad del delito-tipo simple de que se trate en los casos concretos, debo decir que a los términos mínimo y máximo de su duración, va a sumárselos o a restárselos la proporción que esté indicada, marcándonos un nuevo límite para la penalidad.

Por ejemplo, supongamos que tengo que la punibilidad simple me marca una pena privativa de libertad corporal con una duración de dos a cinco años y que voy a individualizar la pena para el delito en grado de tentativa, cuyas indicaciones son que debe disminuirse la punibilidad simple en una tercera parte.

Entonces, resulta que a dos años (límite mínimo) y a cinco años (término máximo) debo restarle un tercio, de lo cual se llega a que mi nuevo campo de acción para graduar la penalidad será de un año y seis meses a tres años y nueve meses de pena privativa de libertad corporal, de los cuales no debo sobrepasarme.

Asimismo, la proporción determinada para el aumento o la disminución de las punibilidades típicas tendrá influencia en todas las penas que prevea el delito-tipo simple; inclusive, esta disposición será aplicable a la multa; aunque no será así en la compensación del daño, a lo cuales se los comprende dentro de las penas obligatorias.

(236) LA PRIVACION DE LA VIDA.

En primer lugar, tenemos a la privación de la vida o pena de muerte y sobre ella, muchísimo se ha discutido en el transcurso de la historia. Fueron apuntadas varias de sus desventajas y se ha considerado que los países que la aplican siguen atados de pies y manos a las épocas arcaicas del Derecho Penal.

A pesar de todos los inconvenientes que teóricamente se plantean acerca de la privación de la vida, nuestra **CEPEUM** sigue considerándola vigente y la estipula en su artículo 22º que, como la mayoría de los textos legales, está urgido de una reforma, aunque no con el fin de suprimirla, sino para darle una regulación adecuada.

Su tercer supuesto nos señala: "Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiario, al saltador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves en el orden militar".

Mi objeción lo es en el sentido que sean debidamente reguladas su imposición y su ejecución, para evitar que el delincuente que ha sido condenado a muerte, sufra un martirio extraordinario al que implica el hecho de saber que va a morir y de que sea llevada a cabo en la forma que resulte menos cruel.

No admito que se niegue su imposición, sin dar argumentos de peso; nótese que en los tiempos actuales la misma sociedad es la que reclama su aplicación, sobre todo en aquellos casos de delitos que resultan brutales por su gravedad, como los que atentan contra la libertad sexual o el normal desarrollo biopsicossexual.

A la pena de muerte nada más debe llegarse en casos extremos y expresamente previstos en los delitos-tipo, como lo son: la traición a la Patria (en todos los casos, ya declarada en guerra extranjera), los delitos ejecutados con todas las circunstancias agravantes y los demás supuestos previstos por la justicia militar.

Con la admisión de la pena privativa de la vida no se está demostrando atraso cultural alguno en los países que la impongan; es lógico suponer que al aplicarla, tiene que ser demostrada la legalidad y la legitimación en las sentencias que la decretan y que, por el contrario, a lo que no debemos seguir atados, es a su irracional erradicación.

Cuando la sentencia que disponga la privación de la vida sea recurrida, pienso que solamente debe ser modificada en los términos de su ejecución o bien, si es revocada, que se haga por el máximo legalmente previsto para la privación de la libertad corporal; desde luego, si estuvo debidamente fundamentada y motivada.

(237) LA PRIVACION DE LA LIBERTAD CORPORAL.

A esta pena no la llamo prisión, porque esa no es su esencia, sino el lugar en donde debe ser cumplida; la nombre "pena privativa de libertad corporal", ya que implica la privación por un tiempo determinado, de todos los derechos individuales civiles y políticos, que forzosamente debe ser ejercitados en libertad.

La privación de la libertad corporal consiste en recluir al condenado en un lugar especial, que debe ser determinado por la autoridad ejecutora, con el fin de intentar con buen éxito su rehabilitación social, sometiendo al tratamiento médico, clínico, educativo, laboral lúdico y/o recreativo, que necesite, según sus características personales.

El término mínimo que establezco para la pena privativa de libertad corporal, en mucho supera al estipulado por la legislación actual, que es de tres días. Provojo que sea de un año, que estimo, que es el tiempo necesario para intentar cualquier tipo de tratamiento y el máximo, será de cuarenta años.

Seguirán vigentes las disposiciones de que los hombres, las mujeres y los niños de ocho años de edad comparezcan su pena privativa de libertad corporal en lugares separados, para cumplir con los fines del Derecho Penitenciario, aunque eso debe establecerse en las leyes de ejecución de las sanciones punitivas.

Cabe hacer el señalamiento que en todos los casos en que el delito-tipo prevea una pena privativa de libertad corporal y la autoridad judicial lo imponga, ella misma deberá realizar el procedimiento necesario para comprobar que el condenado reúne los requisitos legales para convertirla a uno de los beneficios penales.

También en el momento en que va a imponerse una pena privativa de libertad corporal, los jueces deben atender al tiempo que el delincuente hubiese permanecido en reclusión preventiva, para descontárselo de la duración de la pena impuesta, porque esto puede ayudarlo, inclusive, para darlo por comparejado.

En todos los casos en que las autoridades judiciales vayan a imponer una pena privativa de libertad corporal, considerarán las previsiones del delito-tipo que describe y sanciona la conducta enjuiciada, para verificar que eso sea posible. Si se menciona una pena alternada con aquélla, valorará la gravedad de los hechos para decidirse.

Por tratarse de una pena, es muy obvio suponer que la privación de libertad corporal únicamente debe ser impuesta en los casos de sujetos en los cuales se haya comprobado que son capaces de comprender y de conducirse adecuadamente y por supuesto, la existencia del delito y de la responsabilidad penal.

(238) EL TRATAMIENTO ESPECIALIZADO PARA REHABILITACION CORPORAL.

Esta pena del tratamiento especializado para rehabilitación corporal debe ser impuesta nada más a las personas responsables penales que demuestren requerir de ella, cuando tengan el hábito o la necesidad de consumir drogas o padezcan alguna enfermedad grave en período de contagio, reclusión en un establecimiento especial de salud.

Los términos mínimo y máximo del tratamiento especializado para rehabilitación corporal siempre van a depender de las necesidades del condenado y deben atender a las constancias procesales, en las que deben incluirse los estudios médicos y clínicos respectivos, que deben ser realizados a todas las personas procesadas.

Lo llamo tratamiento especializado para rehabilitación corporal, porque su único objetivo es el de lograr que el sujeto pueda ser rehabilitado, ya que se da por sobreentendido que su curación total únicamente dependerá de él y que las autoridades sólo lo dejarán en posibilidades de reincorporarse a la vida social.

Su duración no es indefinida; empero, está condicionada a las necesidades de cada uno de los individuos que sean sometidos al tratamiento especializado para rehabilitación corporal. Así es que en todo caso, su término máximo dependerá del interés que la persona sometida ponga para llegar a un feliz éxito, lográndose la rehabilitación de su cuerpo.

La pena de tratamiento especializado para rehabilitación corporal será impuesta nada más, bajo el recto criterio de la autoridad judicial, aunque no esté específicamente determinada en la punibilidad del delito-tipo, si de los estudios especializados se demuestra que el condenado tiene necesidad de ella.

Esta es una disposición que, tal vez, pueda sonar arrolladora de todos los derechos que tienen los sujetos en el área de la punición; no creo que sea así, porque si el interés de la sociedad es que todos los individuos que se desarrollen en el grupo, posean una sanidad física y mental, la pena se justifica.

Con este tratamiento especializado para rehabilitación corporal, va a intentarse el logro de que el hombre se reincorpore a la vida social completamente sano; si el objetivo se logra o no, sinceramente ese ya no es un problema que le compete a la Ciencia Jurídico-Penal, sino que pasó al área de ejecución de las sanciones punitivas.

Además, la autoridad judicial estará facultada para determinar si el condenado cumple primero con la pena de privación de la libertad corporal o con la de tratamiento especializado para rehabilitación de su cuerpo; si lo hace en forma conjunta o bien, si solamente se lo sentencia a cumplir con una de esas penas.

(239) LA MULTA.

La pena de multa consiste en el pago de una cantidad de dinero que todos los condenados (capaces o incapaces) deben hacer a favor del erario público. Para mí, es lógico entender, que ante la imposibilidad debidamente acreditada de pagar, por parte del deudor primario, la deuda debe extenderse a los deudores solidarios o subsidiarios.

El monto total de la multa debe ser fijado en dólares-multa, una unidad determinada por el sistema jurídico, que supera a las multas irrisorias que contenían las punibilidades de los diferentes delitos-tipo, que fueron operantes nada más en sus buenos tiempos. Su mínimo es de uno y su máximo de quinientos.

Al convertirse a la multa en una sanción obligatoria que opera en todos los casos de responsabilidad social o penal, se trata que el delincuente y sus deudores solidarios o subsidiarios, le retribuyan a la sociedad el gasto del tiempo en que aquél estuvo recluso en los establecimientos penitenciarios y el tratamiento que reciba.

Esto de manera alguna demuestra el ensañamiento en contra de los delinquentes y los desposeídos, sino que es precisamente un medio de borrar las desigualdades del poder y de la fortuna, puesto que hay sujetos que viven mejor en las cárceles a costa de la sociedad, que los individuos que honradamente se ganan la vida.

Para fijar e imponer un monto total a la multa, dispongo que las autoridades tomen en cuenta un tabulador especial, que atienda al mínimo y al máximo de la pena privativa de libertad corporal y a los de la propia multa; es decir, de uno a cuarenta años y de uno a quinientos días. Este ha sido incluido en el Proyecto de legislación.

Cada uno de esos días-multa equivale a la percepción diaria que el condenado declaró, en el momento de consumar la conducta delictuosa, tomando en consideración el monto total de sus ingresos por concepto de salarios, no así los que hubiese podido tener por rentas. De esta forma, se tomará en cuenta su individualidad.

Si al momento en que va a dictarse la sentencia, el juez compeña que el iminente condenado no declaró percepciones, debe atender al salario mínimo general vigente en la época en que fue consumada la conducta delictuosa y en el lugar donde se llevó a cabo el juicio. Por ello, en las diligencias básicas debe interrogarse en este sentido.

En esos casos, para los delitos instantáneos o en grado de tentativa, como salario mínimo general vigente o el personal del día que fue realizada la consumación o el intento. En el permanente, se atenderá al del día que cesó la consumación y en el continuado, al del día que cesó la última consumación u ocurrió el último intento.

Para realzar el anhelo de justicia del sistema jurídico-penal, se dispone que cuando el condenado prueba que no tiene deudores subsidiarios y que es incapaz de pagar el importe total de la multa o que solamente puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial pueda convertirla a un beneficio penal.

El beneficio indicado consiste, en cambiar la multa total o parcialmente, por jornadas de trabajo en favor de la comunidad, si fue impuesta como pena principal o accesoria que no conlleve la privación de libertad corporal y si esto no sucede, la conversión deberá hacerse por días de reclusión.

Para esos efectos, cada uno de los días-multa va a equivaler a una jornada de trabajo en favor de la comunidad o bien, a tres días de pena privativa de libertad corporal. Esto se da por los consabidos gastos que representa para la sociedad mantener al sujeto más tiempo sometido a la reclusión.

Tratando de ser más justos, le otorgamos al condenado la posibilidad que la autoridad judicial le convierta la multa a caución, si pide un plazo para cubrirla y exhibe una fianza por el monto total de los días-multa impuestos como garantía de que va a cumplir con las obligaciones que está contrayendo.

La multa podrá ser cubierta en el plazo de un año, si es que el condenado no se encuentra en reclusión o bien, en el tiempo que dure la privación de libertad corporal, descontándose de su monto las partes proporcionales de jornadas de trabajo en favor de la comunidad o del tiempo que debe computarse en prisión o bien, devolviéndole al pagador su fianza.

Para poder obtener su libertad, el reo debe cubrir el importe de la multa. Si el sentenciado o el preliberado se negare, sin causa justificada, a pagar la multa, la autoridad ejecutora podrá exigírsela mediante el procedimiento económico-coercitivo, por ejemplo, a través del embargo de sus bienes, si los tuviese.

Si en esos casos el condenado o el preliberado no posee bienes para que la autoridad ejecutora pueda hacer efectivo el procedimiento económico-coercitivo, la multa debe serle convertida en días de privación de libertad corporal, a razón de dos de éstos, por uno de aquéllos. Recuérdese que no se trata de una deuda de carácter civil.

Como la multa es a favor del erario público, su importe total debe ser pagado en la Tesorería General del lugar en donde hubiere sido dictada la sentencia y en un lapso no mayor de treinta días, contados a partir de la fecha en que hubiese causado ejecutoria, salvo que se haya otorgado un plazo para cubrirla.

(240) LA COMPENSACION DEL DAÑO.

La compensación viene a substituir a la mal llamada "reparación del daño" y consiste en que el delincuente o sus deudores solidarios o subsidiarios restituyan el objeto material del delito y sus frutos y/o en el pago de una cantidad de dinero al ofendido o a la persona que pruebe que tiene derecho a ella.

La compensación del daño, al igual que la multa, es una pena obligatoria y debe imponerse en todos los casos de responsabilidad penal o social, con independencia de que el delito-tipo de que se trata en concreto la prevea o no. Esta pena puede tener el carácter de responsabilidad civil derivada de un acto ilícito penal.

En todos los casos en que el condenado no pueda hacer la compensación del daño, sus deudores solidarios o subsidiarios adquieren la obligación, porque el ofendido de ninguna manera puede quedarse al descampado, sufriendo por los daños o perjuicios que le hubieren sido ocasionados, ni aunque el delincuente sea declarado en estado de insolvencia.

La compensación del daño debe comprender: 1. La restitución de las cosas obtenidas o destruidas por el delito o el pago de su precio. 2. La devolución de los frutos obtenidos o el pago de su precio. 3. La indemnización de los daños materiales y morales y de los perjuicios causados. 4. El pago de los gastos y costas procesales erogados.

En el último de los casos, la compensación del daño se traduce en el pago de una cantidad de dinero que el obligado debe hacer al sujeto pasivo del delito o a sus causahabientes o bien, al titular del derecho lesionado, en el entendido que existen daños que no pueden ser reparados y resulta de lo más justo, proceder a compensarlos con dinero.

Cuando el condenado no pueda cumplir con el pago de la multa y de la compensación del daño, debe ser cubierta preferencialmente la segunda, aplicándose, en lo conducente, las reglas para la conversión de la multa, de las cuales se ha tratado en el inciso anterior. Se prefiere a la compensación, en virtud de que no admite ser convertida.

La deduda que genera la pena de compensación del daño debe ser preferente a cualesquiera otras contraídas con anterioridad o posterioridad al delito, a excepción de las alimentarias. Si eso sucede, debe aplicarse, en lo conducente la obligación que adquiere el Estado como deudor subsidiario de los individuos que delincan.

Así, en todos los casos en que el condenado o sus deudores solidarios o subsidiarios no puedan cubrir el importe total de la compensación del daño, el Estado debe pagarla con los fondos del erario público. Esta es una disposición que tal vez produzca muchos reparos, sobre todo, por parte de las entidades públicas.

En mi opinión, reconociendo que no soy criminólogo, el Estado tiene la obligación de establecer una excelente política predatoria, procurando por todos los medios posibles que sus ciudadanos no caigan en el error de cometer conductas delictivas, bien sea cuidando de la satisfacción de sus necesidades o educándolos.

Si esa política predatoria es nula o falla, el Estado tiene la obligación de responder por los actos ilícitos penales que cometan los sujetos que están bajo su tutela, tal y como lo haría un deligentísimo pater familias, porque es el tutor jurídico y social de todos los miembros de la comunidad y su obligación es la de vigilarla.

La única manera de hacer reaccionar a todos los órganos estatales y de obligarlos a cumplir con sus compromisos, es imponiéndoles un castigo por su mala conducta y debe ir dirigido a donde más les duele a todos: Al bolsillo. Además, en última instancia, quien está pagando es la sociedad, porque se cubrirá con los fondos del erario público.

Esta es una manera de evitar que los ofendidos por el delito y/o sus causahabientes sufran un tratamiento injusto, por parte del sistema jurídico, en el entendido que a ellos lo que más les preocupa es ser resarcidos de sus daños y no que el delincuente se pase el resto de sus días recluido en la cárcel.

Por su calidad de máxima autoridad en el proceso penal, los jueces deben fijar el monto de la compensación del daño, aunque no a su libre arbitrio, sino de conformidad con las pruebas que consten en el expediente y los tabuladores especiales que estarán fijados en el catálogo del procedimiento.

Todos los daños causados deben repararse: ante una imposibilidad, serán compensados por una cantidad de dinero legalmente preestablecida y quedará al criterio de los ofendidos por el delito o sus causahabientes, aceptar un pago en especie. Si el delincuente solamente puede dar a cambio del pago una cosa y no se le acepta, el Estado pagará como deudor subsidiario.

Quando el condenado cubra la pena de compensación del daño en especie y el ofendido o sus causahabientes no la acepten, el Estado puede recoger esos bienes y proceder de inmediato a la subasta pública y el dinero que en ella obtenga, lo deberá sumar a los fondos del erario común de la sociedad.

En el momento de dictar la sentencia, el delincuente sólo debe que dar obligado a compensar los daños materiales y los perjuicios que el ofendido o sus causahabientes puedan probar en el curso del proceso, incluyendo los gastos y las costas procesales que hubieran erogado con motivo de la comisión de la conducta delictuosa.

Para comparar los daños morales, la autoridad judicial fijará su monto, en atención a las circunstancias y consecuencias del delito, a las peculiaridades del ofendido o de sus causahabientes y a los dictámenes de peritos médicos, de conformidad con las reglas que fije el catálogo del procedimiento penal.

Quando se trate de los gastos y las costas procesales, para todos los efectos que pudieran tener en el procedimiento penal, debe entenderse que son todas aquellas erogaciones que el ofendido o sus causahabientes hubieren hecho a causa de la comisión del delito, por ejemplo, el pago de abogados, los gastos de traslado al juzgado, etcétera.

Además, propiamente que cuando el ofendido fallezca o hubiere sufrido consecuencias gravas en su persona, con motivo de la comisión del delito, que lo imposibiliten para trabajar, el condenado debe ser declarado como su deudor subsidiario en todas las obligaciones que haya contraído con anterioridad.

Estas no son disposiciones para ensancharse con el sujeto activo del delito, aunque ni siquiera sonaría un poquito justo ponerlos a proteger en forma desmedida e irracional, dejando al desamparo a la verdadera víctima de su conducta social, que no tiene porqué estar sufriendo las consecuencias de un mal que no provocó.

Recordemos, aunque ya les suene muy reiterativo, que todo el sistema jurídico ha sido creado para brindar la máxima protección a los sujetos activos y pasivos del delito, a las autoridades que están relacionadas con el procedimiento penal y en general, a cualesquiera de los miembros de la sociedad.

De todas las personas que están implicadas en una relación procesal penal, la que lleva la peor parte es el sujeto pasivo o sus causahabientes, que han sufrido las consecuencias del delito sin haberlas querido o provocado y por ello, son los que requieren una mayor protección en todos los aspectos.

Por cuanto hace a la deuda solidaria que genera la compensación del daño, se debe prever que cuando sean varios los delincuentes que deban resarcir los daños al ofendido o a sus causahabientes, la autoridad judicial debe determinar en qué proporción lo harán y la deuda adquiere un carácter solidario.

Procede a explicar la deuda solidaria: Si son varios los deudores, cada uno está obligado a cumplir con la proporción que le corresponde y además, a cubrir la de aquel que está imposibilitado para pagar. Si la deuda es subsidiaria y el deudor primario no puede responder, el deudor secundario está obligado a hacerlo.

Si fueren varios los ofendidos o los causahabientes a los que el delincuente deba compensar el daño, el pago debe ser hecho en forma total a cada uno, hasta donde alcance, y se aplicará lo conducente, en lo relativo a la subsidiariedad del Estado.

En los casos en que el Estado tenga el carácter de sujeto pasivo, al monto total de la multa deberá sumársele lo que corresponda a la pena de compensación del daño y en este supuesto, a la suma final que nos resulte, le aplicaremos las disposiciones relativas a la multa, para los efectos de su pago.

Ahora bien, ¿quiénes tienen derecho al pago de la compensación del daño? En primer lugar, el ofendido; luego, los dependientes económicos; posteriormente, sus familiares, aunque no dependieren económicamente de él y por último, sus herederos. El orden es preferencial y en caso de concurrencia, quien aporte pruebas y coadyuve para promover y asegurar su pago, será preferido.

En el remoto caso que el ofendido renunciara a la compensación del daño, ésta debe ser ofrecida a sus causahabientes en el orden preferencial enunciado en el párrafo anterior. Si todos renuncian, el importe debe ser aplicado a los fondos del erario público, para que se destine a la procuración y la administración de la justicia penal.

¿Quiénes están obligados a compensar el daño? El delincuente; los ascendientes, por los descendientes que se hallaren bajo su patria potestad; los tutores, curadores o custodios, por los menores o incapaces que se hallaren bajo su cuidado; los directores de escuelas, internados, instituciones de tutela, tratamiento o reclusión, por las personas que estuvieren bajo su cuidado.

Los patronos deben responder por sus trabajadores, cuando el delito haya sido cometido con motivo o en el desempeño de su cargo o bien, bajo su amparo, en su nombre o en su beneficio; la sociedad conyugal, cuando el otro cónyuge hubiere tenido conocimiento del delito, y el Estado, por sus servidores públicos, excepto cuando tenga la calidad de ofendido.

Para que la compensación del daño pueda ser impuesta al delincuente o a sus deudores solidarios, debe ser exigida por la autoridad ministerial, en sus conclusiones y de oficio, de conformidad con las pruebas que hubiera aportado al proceso la persona que tenga derecho a ella y las reglas del procedimiento penal.

En cambio, si la compensación del daño le es exigible a terceros o al Estado, como deuda subsidiaria, debe ser tramitada en forma de incidente, atendiendo a las previsiones que para tal efecto, contenga el mismo catálogo del procedimiento penal. Si se tramita fuera de los foros penales, como responsabilidad civil por acto ilícito penal, la regulará el código correspondiente.

El Ministerio Público adscrito a juzgado tiene la obligación de indicarle a la persona que tenga derecho a la compensación del daño, que debe allegar al proceso las pruebas suficientes, para acreditar su existencia y cuantificar el monto de los daños materiales y de los perjuicios y de solicitar el peritaje médico-legal, para demostrar el daño moral.

Si la autoridad ministerial no cumple con sus obligaciones para tramitar la compensación del daño, determinar su monto o asegurar su pago, la persona que tenga derecho a ella debe promover el incidente y la omisa, debe cubrir el monto. Esto es, para que se asegure que sea como fuere, el daño será resarcido a quien lo sufrió.

Se estipula un plazo no mayor de treinta días naturales, contados a partir del momento en que la sentencia cause ejecutoria, para que el condenado cumpla con el pago de la compensación del daño, poniéndolo a disposición de la autoridad ejecutora, para que en un lapso no mayor de tres días, lo entregue a la persona que tenga el derecho.

Sin embargo, el condenado puede solicitar un tiempo extra de noventa días, para saldar el importe de la pena de compensación del daño, aunque el Estado deberá cubrir su monto total en el tiempo anteriormente señalado, como deudor subsidiario, y los pagos posteriores deben ser hechos a favor del erario público.

Si el condenado probó que es insolvente para satisfacer la compensación del daño, el Estado debe hacerlo, quedando como acreedor. Cuando esa persona pruebe su insolventia para pagar al Estado la deuda que cubrió subsidiariamente, deberá procederse conforme a las disposiciones relativas para el pago de la multa.

En los casos en que el Estado o la sociedad tengan calidad de ofendidos, el condenado debe pagar hasta tres tantos más del monto de los daños y perjuicios causados, si tiene el carácter de servidor Público. Para determinar el monto de la compensación a favor del Estado o de la sociedad, sólo cuentan los daños materiales y los perjuicios causados.

Como intento de lograr una justicia penal distributiva, consiste en extender la compensación del daño a cargo del Estado, a todos los casos en que sea dictada una sentencia absolutoria o reconocida la inocencia, la cual debe ser hecha en favor de la persona injustamente procesada o sentenciada o de sus causahabientes.

En esta hipótesis, la compensación del daño debe hacerla valer de oficio la autoridad judicial, considerando las constancias procesales y las reglas que fija el catálogo del procedimiento penal. Si el juez es omiso, hará el pago con los fondos de su propio pecunio. Esta disposición es para asegurar que la persona será compensada.

Para hacer el pago anterior, el Estado debe tomar en cuenta el momento en que la persona es notificada de que la sentencia causó ejecutoria. Por cada día de atraso, al monto total deberá sumársele el equivalente a un día de salario mínimo general o personal.

Si pasados ciento ochenta días, a partir de que la sentencia causó ejecutoria, el Estado no ha hecho el pago, la autoridad ejecutora lo hará con los fondos del erario Público. Si a pesar de ese plazo, el Estado o la autoridad ejecutora no cubrieran el monto total, la cantidad deberá duplicarse, por cada quince días de atraso.

La compensación del daño que fue impuesta como pena al Estado, debe comprender: I. El pago de los daños materiales y de los perjuicios causados. II. El pago de los gastos y costas procesales que hayan sido erogados con motivo del proceso. III. Una indemnización especial, que debe ser determinada conforme al catálogo del procedimiento penal.

(241) EL DECOMISO.

La pena del decomiso es una de las tres sanciones penales obligatorias y por lo tanto, deberá ser impuesta en todos los casos de responsabilidad penal o social. De lo que se trata aquí, es de que las autoridades judiciales resuelvan en la sentencia acerca del destino de los instrumentos, objetos y productos del delito.

Antes que se proceda a decomisar esas cosas, durante el tiempo en que se realiza la averiguación previa, las autoridades ministeriales deben proceder al aseguramiento de los instrumentos, objetos o productos del delito, poniéndolos a disposición del juez penal correspondiente, en la consignación, para que decida qué se hace con ellos, en la sentencia.

Resulta necesario diferenciar entre instrumentos, productos y objetos: en el entendido que los primeros suelen identificarse con las cosas que se utilizan para realizar la conducta delictuosa; los segundos, con los frutos o las ganancias que se obtienen de esas cosas, y los terceros, con las cosas sobre las cuales recae la conducta delictiva.

Esos instrumentos, productos u objetos del delito deben ser recogidos por el Ministerio Público y, físicamente o mediante oficio, deben quedar a disposición de los jueces, en un lugar seguro y procurando su conservación y mantenimiento, mientras se dicta la sentencia que los decomisa o los devuelve.

Todas las cosas que están relacionadas con la comisión de un delito deben ser decomisadas, si son de uso prohibido. Si fueren de uso lícito, solamente serán decomisadas si se ligan a una conducta conculcada con intención directa (dolosa). Las armas, tienen que ser decomisadas en todos los supuestos.

Cuando esas cosas sean de uso prohibido o de comercio ilícito, la autoridad judicial queda facultada para decomisarlas en la sentencia, aunque no hubieren sido probadas la existencia del delito o de la responsabilidad. En este caso, pongo por ejemplo, a las drogas.

Si pertenecen a una persona diversa a la que cometió el delito, los instrumentos, productos u objetos, sólo deben ser decomisados, si el delincuente los utilizó sin su consentimiento o bien, si son de uso prohibido o comercio ilícito. Si son cosas nocivas o peligrosas, deben ser destruidas en el plazo de noventa días, a partir de que cause ejecutoria la sentencia que los decomisa.

Cuando las cosas nocivas o peligrosas sean de utilidad para fines científicos o docentes, la autoridad judicial está facultada para determinar su conservación. En esta hipótesis, la sentencia debe declarar su destino, definiendo a qué institución pública serán asignadas para su utilización.

En los supuesto en que los instrumentos, productos u objetos del delito procedan de un ataque contra el patrimonio de la sociedad o del Estado, todos los bienes del delincuente y de sus familiares deben recogerse o asegurarse, en tanto se dicta sentencia, en la cual debe determinarse de dónde proceden.

Si se da ese caso, aunque los bienes estén a nombre de una tercera persona, si logra determinarse que pertenecen al erario público o que fueron adquiridos con sus fondos, las cosas que sean instrumentos, productos u objetos del delito, deben ser decomisadas por la autoridad judicial, en la sentencia.

La autoridad ministerial debe asegurar los bienes inmuebles que deben ser objeto del decomiso, con los sellos correspondientes colocándolos en un lugar visible y, mediante oficio, los pondrá a disposición del juez. Los muebles los colocará en un lugar seguro, bajo su más estrecha vigilancia y responsabilidad.

En casos especiales, el Ministerio Público dejará en posesión de una determinada persona, los bienes muebles e inmuebles que asegure o recoja y ella se obligará a no hacerles reparaciones o mejoras, sin el permiso de la autoridad judicial que los tenga a su disposición, hasta que se resuelva sobre su destino.

Los instrumentos, productos u objetos del delito que se encuentren a disposición de las autoridades judiciales, que no hubieren sido decomisados y que no sean recogidos en el plazo de seis meses, contados a partir de que cause ejecutoria la sentencia por la persona que tiene derecho a ellos, deben ser entregados a la autoridad ejecutora, para que les designe utilidad o los subaste públicamente.

De igual manera deberá procederse con las cosas que hayan sido decomisadas y que no se destruyan o utilicen para fines científicos o docentes. El producto de esa subasta debe ser destinado a la compensación del daño a cargo del Estado.

En el caso que haya sido cubierto el importe de la compensación del daño a cargo del Estado, el producto de la subasta mencionada, debe ser destinado a la procuración o a la administración de justicia penal, por tratarse de una sanción que está relacionada con este ámbito.

La manera en que la autoridad ejecutora va a llevar a cabo esa subasta pública de los bienes decomisados o que no hubieren sido recogidos por quien tenga derecho a ellos, nos la va a regular el catálogo de normas del procedimiento penal, estableciendo, al mismo tiempo, sus obligaciones.

(242) LA SUSPENSIÓN O PRIVACIÓN DE DERECHOS.

La suspensión o privación de derechos viene a ser una de las sanciones accesorias que, generalmente, las autoridades judiciales deben imponer a discreción. Con ellas, la persona es inhabilitada para ejercerlos durante un tiempo determinado o bien, se le condena a su pérdida. Puede referirse a derechos civiles y políticos.

Esta sanción tiene su alcance en todos aquellos derechos que sean inherentes a bienes jurídicos disponibles que las legislaciones otorgan y protegen. Puede tratarse de alguna modalidad de la libertad, de la patria potestad, del trabajo, de los derechos de familia o sucesorios, de un cargo de carácter Público, etc.

Es muy importante que esté claro el hecho que la suspensión o privación de derechos no releva a la persona que ha sido condenada, de las obligaciones que generan, sino que éstas siguen siendo vigentes y exigibles. El límite máximo debe ser fijado por la autoridad judicial, en la sentencia.

La pena privativa de libertad corporal lleva aparejada la suspensión de los derechos políticos y de cualesquier otro de los civiles, que forzosamente deban ser ejercitados en libertad. La sentencia debe explicar a cuáles se refiere y por cuánto tiempo será la suspensión. En caso de omisión, esta sanción debe tenerse por no impuesta.

(243) LA PUBLICIDAD ESPECIAL DE SENTENCIA.

La pena de publicidad especial de sentencia consiste en: La inserción total o parcial del fallo de la autoridad judicial en tres de los periódicos de mayor circulación o bien, en hacerla conocer a través de otros medios de comunicación social, a satisfacción del ofendido o de sus causahabientes y a cargo del delincuente.

La publicidad de la sentencia también debe ser hecha en el Diario Oficial de la entidad correspondiente, en la compilación de la jurisprudencia y en los medios de difusión pública, cuando sea a cargo del Estado, debiendo satisfacer al ofendido o a sus causahabientes, si el procesado resultó absuelto o se le reconoció su inocencia.

En todos los casos, como un derecho especial concedido a los ofendidos o a sus causahabientes, ellos pueden solicitar a la autoridad judicial que sea hecha la publicidad especial de la sentencia, aunque el delincuente no hubiere sido condenado a ella, aunque en estos supuestos, los gastos correrán por su cuenta.

La persona ofendida o sus causahabientes pueden elegir los medios y las características de la publicidad especial de sentencia, a cargo del delincuente o del Estado. Sólo podrá ser hecha en el periódico oficial, en los medios de difusión oficial y en la compilación de jurisprudencia, si fue impuesta al Estado o el ofendido o sus causahabientes sufragan los gastos.

(244) LA INTERVENCIÓN, REMOCIÓN, SUSPENSIÓN O DISOLUCIÓN DE AGRUPACIONES.

La intervención de agrupaciones consisten en: Someter a la vigilancia de un interventor oficial, el manejo de sus órganos de representación, dirección y administración. La remoción significa, cambiar esos órganos, encargando temporalmente las funciones que realizan a un interventor oficial.

La suspensión de agrupaciones tiene por objeto, inhabilitarlas para ejercer los derechos que como grupo les corresponden, por un tiempo determinado. La disolución las desata para la vida jurídica y social. Las agrupaciones del Estado, de asistencia o beneficio social y los sindicatos, solamente pueden ser intervenidos o removidos.

La pena de intervención, remoción, suspensión o disolución de agrupaciones sólo podrá ser impuesta en los casos en que la autoridad judicial hubiere comprobado que ellas facilitaron los medios para la comisión del delito, de manera tal, que resulte cometido bajo su nombre, su amparo o en su beneficio.

Por tratarse de personas morales, las agrupaciones no pueden ser sancionadas; por esa razón, se ha determinado que la pena recaiga sobre las personas físicas que forman sus órganos de representación, dirección o administración, interviniéndolos o removiéndolos. En los casos en que el delito fuere muy grave, la sanción afectará a todo el grupo, con la suspensión o la disolución.

(245) LAS PENAS TUBELARES

Las penas tutelares consisten en: Recluir al menor de dieciocho años de edad y mayor de doce, que resultare responsable penal, en una institución especializada, en la cual le brinden el tratamiento médico, clínico, laboral, lúdico y/o recreativo y educativo, que sea necesario para intentar su rehabilitación social.

La autoridad ejecutora será la encargada de tomar la decisión con respecto al lugar en el cual serán recibidos los menores responsables penales. El término mínimo de la duración de la pena tutelar será de un año escolar y el máximo, cuando el condenado cumpliere los dieciocho años de edad.

En todos los casos en que un menor de dieciocho años de edad resultare responsable penal, después de haberle individualizado e impuesto su pena tutelar correspondiente, la autoridad judicial debe procurar convertirla a uno de los beneficios que prevé la legislación, conciliando sus necesidades y el interés social.

Por ningún concepto un menor de dieciocho años de edad y mayor de doce, debe llegar a un centro de reclusión preventiva o penitenciaria para adultos, ni el mayor debe permanecer en un centro de tratamiento tutelar. Esta medida se dispone a salvaguardar la integridad física y psíquica de los menores.

Cuando un menor de edad penal se encontrare purgando una medida de reclusión preventiva o una pena de tratamiento tutelar y cumpliere los dieciocho años, debe pasar a un centro preventivo para adultos o bien, la autoridad judicial debe revisar su sentencia, para comprobar la necesidad de que pase a un centro de reclusión para adultos o de rehabilitario.

Si de los estudios y de las valoraciones necesarias resultare que el menor puede ser rehabilitado o su pena de tratamiento tutelar convertida a un beneficio penal, deberá porsérselo en libertad absoluta e inmediata o vigilada; en el caso contrario, debe pasar a los centros de reclusión preventiva o penitenciaria para adultos.

Cuando el menor condenado al cumplir con una pena de tratamiento tutelar huyese o se fugare y posteriormente, fuere reaprehendido, la sanción penal deberá considerarse extinta, si ha cumplido los dieciocho años de edad; un beneficio que no se prevé para los mayores que resulten responsables penales.

Estas disposiciones tratan de subsanar los perjuicios jurídicos que pudieran sufrir los menores de dieciocho años de edad y mayores de doce, al salir del ámbito de protección de las leyes de los consejos tutelares y entrar de lleno en el área de la punición, aunque la esencia de las nuevas previsiones tomen el mismo sentido de tutela.

(249) LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO ESPECIALIZADO

Todos los conceptos que he detallado acerca de las sanciones penales pueden ser aplicados únicamente a la primera de sus modalidades: Las penas, pero ¿qué sucede con aquéllo que optó por llamar "medidas de tratamiento especializado?", ¿qué no tienen una doctrina propia, con principios específicamente aplicables?

Sucede que la diferenciación entre las penas y las medidas de seguridad es un problema que tiene su origen en aquellas luchas ancestrales entre las escuelas penales, que dieron las bases de los aspectos modernos de nuestra ciencia, que crean un tratamiento jurídico-penal dualista y que incorporan las medidas como un medio para acabar con la injusticia de las penas.

RIGBI nos explica: "La incorporación de las medidas de seguridad a los sistemas de reacciones penales, fue consecuencia de la lucha de escuelas y de las soluciones de compromiso emergentes de la confrontación entre los defensores de las teorías absolutas y los partidarios de la prevención especial". (1566)

(1566) RIGBI. Medidas de Seguridad: Descripción Legal, Aplicación Jurídica y Ejecución. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 219. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

Como la tesis que propone el sincretismo penal trata de tomar todo lo bueno que existe en los diversos modelos teóricos que han sido elaborados en torno a la ley penal, al delito, a la responsabilidad y a las sanciones penales, en esta última apartado habré de incluir a las medidas (de tratamiento especializado, las llamo).

En un tema anterior expliqué que las ideas penales de antes fueron defendidas por dos grupos de doctrinarios, agrupados en sendas tendencias, quedarían origen a las escuelas Clásica y Positiva del Derecho Penal. A la primera es la Santa su origen en la exposición de BECCARIA, en su Tratado de los Delitos y de las Penas. (1567)

Cuando utilizamos el adjetivo "clásico", nos sirve para calificar a una obra que es modelo de perfección; empero, FERRI le asignó un sentido peyorativo, para designar a un conjunto de teorías con las que no estaba de acuerdo y más que nada, con sorna, para demostrar que las ideas habían caducado.

Antes de que los clásicos se preocuparan por darle un matiz científico a las disposiciones penales y al procedimiento punitivo, la humanidad vivió un período de "terror penal", con las tácticas seguidas por la Santa Inquisición, en las cuales predominaban la tortura y un suplicio que se sucedía, desde la aprehensión, hasta la sentencia.

Las sanciones penales aplicables en esta etapa eran, básicamente, corporales, de naturaleza infamante y de crueldad absoluta. Mas que de una justicia, bien podía hablarse de una tremenda injusticia, en la cual los principios relativos a la ley penal, al delito, a la responsabilidad y a las penas, brillan por su ausencia.

Los principales representantes de la Escuela Clásica del Derecho Penal, entre los cuales encontramos a CANTARA, PESSINA y GARRAUD, sin olvidarnos de BECCARIA, se rebelan en contra de esas características y manifiestan que entre los postulados que abandonarían a la tendencia nueva, están los siguientes: (1568)

- a) La protesta por la inútil severidad y crueldad en las penas, marcándole un límite al derecho de castigar.
- b) La abolición de las penas capitales, corporales e infamantes. Es tablicimiento de un régimen carcelario y de las penas pecuniarias.
- c) La reivindicación de las garantías de audiencia, del proceso justo y de la defensa.
- d) Un método fundamentalmente especulativo (lógico abstracto); para ellos no había más ciencia que el derecho penal.
- e) El enfoque del interés hacia el delito y la pena, como entidades jurídicas aisladas, según la opinión de FERRI.
- f) La pena es un medio de protección jurídica.
- g) La imputabilidad se encuentra fundamentada en el principio del libre albedrío.
- h) HOWARD piensa en formular un derecho penitenciario, que da origen a la Escuela Clásica Penitenciaria.

(1567) BECCARIA. Tratado de los Delitos y de las Penas. Editorial Porrúa, S. A. México, 1982. "Dice Ferri al referirse a la ciencia penal, que como consecuencia de la iniciativa de César Beccaria, se determinó, en Italia y Alemania, la formación de una corriente científica que se llamó Escuela Clásica Criminal", explica GONZALEZ A. ALPUCHE. El Crepúsculo de la Doctrina Positiva del Derecho Penal, p. 33. Imprenta Universitaria. México, 1952.

(1568) Las ideas fueron tomadas de GONZALEZ A. ALPUCHE. El Crepúsculo de la Doctrina Positiva del Derecho Penal, p. 34. Imprenta Universitaria. México, 1952.

Con los principios que establecieron los clásicos, tratáse de limitar los abusos del poder, frenando la dirección tiránica penal imperante. Sus ideas se fueron extendiendo a todas las naciones del mundo civilizado: empero, según FERRI, conforme se desarrollaba la Escuela Clásica, se iba dando un aumento en la criminalidad.

Las nociones del positivismo de COMTE dan pie a una nueva tendencia, que recibirla el nombre de "Escuela Positiva del Derecho Penal", que surgen para tratar de salvar todos los escollos del clasismo. Se ha considerado que son tres sus grandes evangelistas, a saber: LOMBROSO, GAROFALO y FERRI, con direcciones antropológica, jurídica y social.

LOMBROSO aporta el estudio del delincuente, con una preponderancia antropológica. FERRI señala como causa de los delitos a los factores biopsicosociales, manifestando que la tendencia delictiva no es producto de la voluntad, sino de la influencia de esos motivos. Por último, GAROFALO habla de la fórmula de la "temibilidad".

El positivismo penal habría de tomar como válidas las conclusiones relativas a la anatomía jurídica del delito y de la pena de los clásicos. Lo que diferenciaba a las escuelas era el camino científico que empleaban: Mientras una lleva un método lógicoabstracto (especulativo), la otra utiliza el experimental (galileano, como diría FERRI).

FERRI rechaza la culpa y la responsabilidad moral, manifestando que son competencia de la filosofía y de la religión, que constituyen un dique en la justicia punitiva y que le dan ventaja al delincuente peligroso. La única meta en la función penal es la de realizar la defensa social en contra del autor del delito.

El libre albedrío que propugnaban los clásicos, va a ser substituido por la responsabilidad social. El hombre ya no será responsable del delito cometido por haber actuado voluntariamente, sino porque, frente a la sociedad, deberá responder por el solo hecho de vivir en ella; en adelante se hablará de una "responsabilidad social".

El hombre no tiene libertad de elección, sino que está determinado a comportarse en la medida en que los diferentes factores biopsicosociales influyan en él. El determinismo y la responsabilidad social van a cambiar el fundamento del derecho penal, estableciéndose un incierto criterio de peligrosidad social.

Para el positivismo, la defensa social punitiva no debe medirse tan sólo con la gravedad objetiva y jurídica del delito, sino con la personalidad más o menos peligrosa del delincuente y a él debe segregarse de la sociedad, hasta el momento en que se haya logrado su readaptación; es decir, por un tiempo indeterminado.

El delito ya no es un ente jurídico-penal, sino un fenómeno natural y social y como es realizado por el individuo, es a él a quien habrá de atenderse en toda la construcción del positivismo. Fundamentalmente, las nociones de esta escuela son desarrolladas sobre una "tipología de delincuentes" y eso que no querían estigmatizar al hombre.

Ahora las legislaciones deben ordenar que sean aplicadas "medidas asegurativas" o "de seguridad", en contra de las personas que moralmente eran irresponsables, por su minoría de edad o por su incapacidad de comprensión y/o conducción adecuadas. Esta es una de las principales consecuencias de la responsabilidad social.

Los positivistas se jactan de que otro de sus triunfos lo fue el hecho de que la pena adquiriera una duración indeterminada y que se considere como uno de los medios de defensa social. El resarcimiento de los daños es visto como una sanción de derecho público. La manera de proteger a la sociedad, es manteniendo en un lugar seguro al delincuente.

La autoridad judicial, en su función, va a recoger las pruebas necesarias para determinar si un hecho constituye o no delito, si ha sido cometido y si el procesado es autor o intervino en él. Para la valoración de las pruebas, debe tener un conocimiento profundo de la psicología, para analizar la personalidad del delincuente.

Como el delito surge en la psique del ser humano, es al hombre y no al hecho delictuoso al que habrá que atenderse: al individuo va a imponérsele una medida repressiva, sin olvidarnos que una vez que la haya cumplido, debe continuar en la sociedad, respetando las disposiciones normativas o cometiendo nuevos delitos.

La medida asegurativa —que tiene como fin la defensa social— debe aplicarse en la proporción en que el delincuente demuestra su peligrosidad. Si el delito es grave y el delincuente poco peligroso, la medida debe evitar que estos hechos se repitan: en cambio, si el delito es leve y la persona peligrosa en extremo, debe readaptársele.

La responsabilidad legal atiende a que la justicia penal tiene como único objetivo, la defensa en contra del delito y no la retribución de la culpa moral concretada en el delito. Hay diferentes tipos de delinquentes y por ello, también debe haber diversas sanciones para la defensa de los delitos.

Las sanciones deben adaptarse a la personalidad del delincuente, que nos demuestra su índice de peligrosidad; deben ser ajenas a toda idea de infringir un castigo proporcional a la culpa moral. La sanción debe durar todo el tiempo que sea necesario, para que el hombre delincuente se readapte a la vida social libre.

Si resulta que el sujeto es incorregible, debe ser segregado del sector social, por un tiempo indefinido. Las penas y las medidas asegurativas o de seguridad no tienen diferencia alguna, poseen la misma naturaleza. Es necesario que exista una mayor variedad de sanciones, por la diversidad psicantropológica de los delinquentes.

RIGHI elabora su propio Código Penal, basado en las ideas del positivismo "clásico", en el año de 1921, que es exclusivo para los delitos, porque este es el dato previo para aplicar las disposiciones jurídicas y poner en marcha el aparato judicial. El delito es el índice de la mayor o menor personalidad peligrosa del delincuente.

En la materia que estamos analizando, las principales contribuciones, buenas o malas, del positivismo fueron: El criterio de la peligrosidad, la responsabilidad social, la defensa social y la aplicación de las medidas asegurativas, que daban un giro de ciento ochenta grados en la Ciencia Penal Clásica.

Una buena parte de los códigos penales del orbe han aceptado un sistema dualista para la imposición de las sanciones penales, concluyéndose que son aplicables tanto las penas, como las medidas de seguridad, aunque fundamentándolas en criterios que son una mezcla de las nociones Clásica y positiva; es decir, son eclécticos.

RIGHI dice: "El sistema dualista, integrada por penas y medidas, permitió mantener conexiones retributivas a las primeras, al tiempo que las segundas fueron fundamentadas en la peligrosidad del autor. Se partió del supuesto de que las medidas eran preventivas y no repressivas, y que estaban destinadas a solucionar exigencias políticas criminales no resueltas por la pena, como el caso de los autores con proclividad a cometer delitos como consecuencia de [estados] espirituales y corporales". (1569)

Nuestro sistema jurídico-penal aceptó esa posición dualista, destinando la pena para los delinquentes (personas capaces o imputables) y las medidas de seguridad, para los "no delinquentes" (personas incapaces o imputables), tomándose en cuenta, en ambos casos, el criterio de la "peligrosidad social" o de la "tambibilidad".

Generalmente, es el sistema de la doble vía, dualista o bicameral, el que es empleado en los códigos penales, aunque huelga buscarle sus bases de legalidad y legitimidad.

(1569) RIGHI. Medidas de Seguridad: Descripción Legal, Aplicación Judicial y Ejecución. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 220. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

"La medida de seguridad fue presentada entonces como destinada a eliminar o paliar situaciones a cuyo respecto la pena no era eficaz como consecuencia de sus propias limitaciones, derivadas de presupuestos sistematizados por una dogmática elaborada en el marco teórico y legislativo proporcionados por las teorías absolutas". (1570)

El sistema dualista de las sanciones penales tuvo como fin el de buscar una resolución ecléctica moderada, entre un derecho penal de hechos y otro de autores. El mismo RIGHI refiere que el Código Penal Suizo de 1893 elaborado por STUOS, fue el primer cuerpo normativo que dio homogeneidad y orden a las medidas de seguridad. (1571)

Tradicionalmente en la doctrina, se ha tratado de establecer las diferencias que existen entre las penas y las medidas de seguridad, atendiéndose a los fines que persiguen dentro del marco de la política penal, los presupuestos que les sirven de base y los fundamentos para su individualización e imposición.

"Las bases propuestas por STUOS, que se han mantenido inalterables en lo sustancial hasta nuestros días, sugieren:

1. Que la pena tiene contenido expiatorio (sufrimiento), se impone al culpable de un delito, y su duración debe ser proporcional a la importancia del bien afectado, a la gravedad de la lesión y a la magnitud de la culpabilidad del autor.

2. Que la medida de seguridad es una privación de derechos que persigue un fin tutelar (sin sufrimiento), es consecuencia de un ((estado peligroso)) y de duración indeterminada. Lo único que la condiciona es la obtención del resultado perseguido, por lo que sólo debería cesar cuando el Estado ha obtenido el fin propuesto: resocialización, enmienda o inocuidad". (1572)

La opinión anterior es de RIGHI, quien concluye: "Estas ideas son cuestionables:

a) Porque como consecuencia del desarrollo de los puntos de vista preventivo especiales, ya no se puede sostener que el Estado persigue fines expiatorios cuando impone penas.

b) Porque el efecto de la reacción estatal (pena o medida) se considera desde el punto de vista del destinatario, no se puede afirmar que no produce sufrimiento. La restricción de derechos desde que es coactiva, es sufrida por el sujeto, sea pena o medida de seguridad". (1573)

Los criterios diferenciadores entre las penas y las medidas están referidos a muchos aspectos y si encontramos distinciones, es necesario aclarar que son de grado y no de esencia. En virtud que ambas proceden del género "sanciones penales", además de ser diversas, nos resultarán muy semejantes.

En primer lugar, debo decir que no me parece que la denominación adecuada para ellas, lo sea la de "medidas de seguridad", sino la de "medidas de tratamiento especializado", en virtud que no solamente son sanciones, sino todo el sistema jurídico-penal, tiene entre sus objetivos el de brindar protección y seguridad a la sociedad.

Sin calificarlos con el adjetivo "aseguradoras" a una de las modalidades de las sanciones penales, tendríamos que hacer lo propio con todas las demás instituciones de nuestro sistema jurídico-penal y así, obtendríamos "penas aseguradoras", "tipos aseguradores", etc. Además, no estamos afirmando que la seguridad sea el objetivo principal de las sanciones, sean penas o medidas.

(1570) RIGHI. Medidas de Seguridad: Descripción Legal, Aplicación Judicial y Ejecución. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 219. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

(1571) RIGHI. Op. cit., p. 220.

(1572) IDEM.

(1573) IBIDEM.

Como las medidas de tratamiento especializado forman parte de las sanciones penales, resulta que deben serle aplicadas todas las disposiciones de su teoría general, como lo son su fundamento (instancias, niveles, autoridades y normas constitucionales) y su función; con las diferencias lógicas que obtenemos de ello.

Por cuanto hace a las instancias de las sanciones penales, no hay diferencia alguna entre las penas y las medidas, toda vez que cada una de las autoridades estatales dependientes de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, van a realizar las funciones que se les tienen asignadas, atendiendo a las normas legales.

En lo tocante a los niveles de las sanciones penales, sí que habremos de encontrar varios criterios que nos sirvan para distinguir entre una pena y una medida de tratamiento especializado, empezando por la punibilidad, que será realizada en la instancia de la determinación, por el Poder Legislativo.

Ya dije que el legislador de lo penal va a adeterminar la punibilidad típica, atendiendo a la magnitud y a la importancia del bien jurídico y a la calidad del ataque que puede inferirsele, recordando que esa hipótesis sólo funcionará en los casos del delito simple doloso consumado, cometido por persona que resulte responsable penal.

Para los sujetos que están incapacitados para comprender y/o conducirse conforme a los parámetros jurídicos, las reglas para individualizar e imponer las sanciones penales —en su modalidad de medidas de tratamiento especializado— deben estar especificadas, con todos sus pormenores, en la parte general de los códigos penales.

Como ya manifesté, esto se hace por razones de lógica y técnica jurídicas y por economía legislativa y de manera alguna es negatorio del principio nulla poena sine lege (no hay pena sin ley), habida cuenta que, de cualquier manera, habrá de atenderse a la punibilidad que corresponde al delito-tipo simple, en su término máximo.

La amenaza que encierra la punibilidad o abstracción de las sanciones penales, en este caso, no va dirigida a las personas incapaces quienes, cuando no están en probabilidad de comprender, no puedan entender su esencia y si no están en probabilidad de conducirse, poco importa que la hubieran captado.

Dicha amenaza va hacia los sujetos que les tienen bajo su cargo, en el supuesto de que tengan quién vea por ellas y si no, a las autoridades encargadas de realizar el procedimiento penal, para que con ellas y con el resto de las disposiciones normativas, les regulen su comportamiento social.

Así, quedan sentadas las diferencias entre las penas y las medidas de tratamiento especializado, en la instancia de la determinación, en el nivel de la punibilidad, que es llevada a cabo por el legislador, aplicándose en lo conducente, lo previsto para las penas, por cuanto hace a su fundamento y a su legitimación.

Cuando hablamos de la instancia de la imposición, en el nivel de la penalidad, que es ejecutada por las autoridades judiciales, tenemos dos diferencias más entre las penas y las medidas de tratamiento especializado y están referidas al delito y a la responsabilidad; en el primer caso, en relación con el elemento normativo o temibilidad.

Para que el juez pueda proceder a individualizar e imponer una medida de tratamiento especializado, verificará que el eslabón que cierra a la cadena del delito, sea el elemento normativo, en su modalidad de temibilidad que, en resumen, es el grado de temor que el sujeto le inspira a la sociedad, atendiéndole como ente biosociosocial.

El segundo criterio diferenciador, está relacionado con la prueba de la responsabilidad, que en este caso será considerada como "responsabilidad social", de la cual son sujetos las personas que están imposibilitadas para comprender y/o conducirse adecuadamente (de acuerdo con los preceptos legales): o sea, quienes padecen de un trastorno mental permanente.

En la instancia de la ejecución de las sanciones, no hay que explicar, porque la autoridad encargada de esta fase del ius puniendi debe limitarse a ejecutar la medida de tratamiento especializado, en los términos que fue impuesta por el juzgador y en el lugar especial que ella misma hubiese designado para tal efecto.

Por cuanto hace a las etapas de la política penal, es menester decir que la única que no puede ser cumplida, si no es con la salvedad de intimidar a las personas encargadas del cuidado de los incapaces, lo es la de la prevención general, por las propias características de los llamados "inimputables".

Las medidas de tratamiento especializado procuran lograr la rehabilitación del condenado, sometiéndolo a los cuidados médicos, clínicos, educativos, laborales, lúdicos y/o recreativos que necesiten, de acuerdo con los estudios médico y de trabajo social necesarios para conocer su personalidad.

Es obvio que cuando se trate de personas incapacitadas de comprensión y/o conducción adecuadas y que además, demuestren máxima temibilidad, el tratamiento no pueda tener un buen éxito y por lo tanto, debe confinárselas en un lugar especial, con el fin de incoizuarlas y tratar que no vuelvan a cometer delitos que integren delitos.

De esta manera, podemos contrar nuestra atención en lo siguiente: 1. Las medidas de tratamiento especializado se imponen a personas incapacitadas de comprensión y/o conducción, conforme a lo penal. 2. Su fundamento lo son la temibilidad y la responsabilidad social. 3. Su legitimación se encuadra en la seguridad social.

Entonces, tenemos que una vez que la autoridad judicial hubiere corroborado la existencia de la voluntad simple (el solo querer) y de la temibilidad y ha probado los demás elementos del delito, debe proceder a comprobar que hay responsabilidad social, para individualizar e imponer cualesquiera de las siguientes medidas de tratamiento especializado:

- I. Confinamiento.
- II. Reclusión.
- III. Tratamiento especializado para rehabilitación en semilibertad.
- IV. Tratamiento especializado para rehabilitación en libertad.

Necesario resulta que hagamos la advertencia que en todos los casos de responsabilidad social, la autoridad judicial debe imponer las sanciones obligatorias (multa, decomiso y compensación del daño) y queda facultada para individualizar e imponer las medidas de tratamiento especializado, atendiendo a los parámetros legales.

Esta última disposición se traduce en el hecho que los jueces deben ser poseedores de un amplio arbitrio, para decidir cuál será la medida de tratamiento especializado que impondrán al sujeto que resulte responsable social, siempre y cuando ajusten su comportamiento a las previsiones de las normas jurídico-penales aplicables.

El confinamiento consiste en: Recluir al condenado en un establecimiento especial, sin dejarlo salir de él. La duración de la medida será indeterminada, mientras que el sujeto incapacitado demuestre un alto grado de temibilidad social. La duración mínima y máxima del confinamiento dependerán de las características de la persona.

La reclusión consiste en: La privación de la libertad corporal en un lugar especializado, en el cual se le brinde al individuo incapaz el tratamiento médico, clínico, laboral, educativo, lúdico y/o recreativo, necesario para intentar su rehabilitación social.

El término mínimo es de un año y el máximo, depende de los estudios de personalidad, sin que pueda rebasar la punibilidad máxima del delito-tipo simple de que se trate.

El tratamiento especializado para rehabilitación en semilibertad consiste en: Someter al condenado a las medidas necesarias para intentar su rehabilitación social, alternándole periodos de reclusión y libertad. Su duración mínima es de un año y la máxima, atiende a las necesidades sociales, sin que pueda rebasar la punibilidad del delito-tipo respectivo.

El tratamiento especializado para rehabilitación en libertad consiste en: Mantener al sentenciado incapaz bajo las medidas médicas, clínicas, laborales, educativas, recreativas y/o lúdicas necesarias, para intentar su rehabilitación social. La duración de esta medida es igual a la de las otras.

Para ampliar el marco de protección que he destinado a las personas incapacitadas (o inimputables, porque no pueden comprender y/o conducir se adecuadamente), proveo que en la individualización e imposición de las medidas de tratamiento especializado no sean operables las disposiciones de las penas.

Cuando los jueces vayan a individualizar una medida de tratamiento especializado, deben atender a: Los términos mínimo y máximo previstos en cada una de ellas, a todas las circunstancias extenuantes de ejecución del delito, a los dictámenes de los peritos médicos psiquiatras y a los informes de trabajo social.

También deben evaluar las circunstancias personales del ofendido, el daño causado y a la reacción social, conciliando todos estos aspectos con su amplio y recto arbitrio y su experiencia en la práctica penal forosa, para motivar en forma adecuada la elección de cierta medida de tratamiento especializado.

En la individualización de estas medidas solamente operará lo expresamente dispuesto con relación a ellas. Si en la punibilidad del delito-tipo respectivo no está prevista la privación de la libertad corporal, no deben ser impuestas la reclusión o el confinamiento, salvo en los casos en que el sujeto sea de máxima temibilidad.

Una de las disposiciones de las penas que le es aplicable a las medidas de tratamiento especializado, es aquella que está referida a las sanciones obligatorias: la multa, el decomiso y la compensación del daño, siempre deben imponerse.

En el caso que la autoridad judicial imponga una medida de tratamiento especializado que deba ser cumplida en reclusión, el condenado será puesto a disposición de la autoridad ejecutora, en la institución pública sanitaria que corresponda para tal efecto; llámense manicomios, centros psiquiátricos, casas de descanso, etcétera.

La regla es que la medida de tratamiento especializado no exceda en su término máximo de su duración, al que está previsto en la punibilidad del delito-tipo respectivo; la excepción es la marca la hipótesis en que el condenado represente un alto grado de temibilidad social y durará, mientras esta situación persista.

Si el delito-tipo de que se trata en el caso concreto que estamos enjuiciando, no prevé la pena privativa de libertad en su punibilidad y son necesarias la reclusión o el confinamiento, a criterio del juez, la duración de ésta última será determinada, según los estudios médicos y de trabajo social que se le practiquen.

Es necesario aclarar que en los casos en que deba hacerse referencia a la punibilidad de un determinado delito-tipo, éste será considerado en su modalidad simple, toda vez que en la individualización e imposición de las medidas de tratamiento especializado, no operan las restantes modalidades del delito ni sus circunstancias agravantes o atenuantes.

Si una vez que se hubiese cumplido con la medida impuesta en la sentencia, la autoridad ejecutora comprueba que el condenado continúa necesitando de la atención médica clínica, laboral, educativa, lúdica y/o recreativa, debe poner a sus representantes en contacto con la autoridad sanitaria correspondiente.

El ejecutor de las penas está facultado para resolver sobre la conclusión o la modificación de la medida en forma provisional o definitiva, considerando el estado general de salud del condenado, el cual deberá ser revisado en forma mensual por los peritos médicos, psiquiatras y los trabajadores sociales.

A los menores incapacitados que resultaren responsables sociales, deben serles impuestas las medidas tutelares de tratamiento especializado, que consisten en someterlos al tratamiento que sea necesario para su rehabilitación, en reclusión, libertad o semilibertad, si su grado de temibilidad no es el máximo; en caso contrario, debe confinárselos.

Los responsables sociales podrán ser entregados por la autoridad ejecutora a las personas que legalmente les corresponda hacerse cargo de ellos, siempre y cuando se obliguen a procurarles una atención integral, especial, que responda a su responsabilidad médica y caución suficiente para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. En el caso de que incumplan, la medida debe hacerse efectiva, porque únicamente se convierte, más no es substituida.

Otro de los beneficios que operan en este orden, es en el sentido que cuando el sentenciado, al cumplir con una medida de tratamiento especializado, huyera o se fuera y posteriormente, fuere reaprehendido, debe considerarse extinta su condena, si con los estudios especializados se demuestra que sus condiciones personales ya no corresponden a las que dieron origen a su imposición.

Creo que con todas estas disposiciones queda explicado lo que se refiere a las medidas de tratamiento. Además, considero que las personas incapaces quedarán ampliamente protegidas, que se les brindará un tratamiento más justo y humanitario y que sus derechos esenciales que les corresponden como seres humanos, quedan a salvo, aun en el supuesto que se trate de menores de dieciocho años de edad y mayores de doce, que hubieran resultado responsables sociales.

(247) LAS CIRCUNSTANCIAS QUE INFLUYEN EN LA INDIVIDUALIZACION E IMPOSICION DE LAS SANCIONES PENALES.

Para motivar la individualización e imposición de las sanciones penales (penas y medidas de tratamiento especializado), la autoridad judicial debe considerar ciertas circunstancias: unas de ellas influirán en la duración de las punibilidades y las otras, solamente servirán para tasar el término de la penalidad.

Las circunstancias generales atenuantes o agravantes sólo funcionan como uno de los criterios que le sirven al juzgador para decidirse sobre una duración cierta entre el mínimo y el máximo que contiene la punibilidad del delito-tipo respectivo y deben ser evaluadas en el elemento normativo (culpabilidad o temibilidad).

Con las circunstancias generales el juez va a normar su recto juicio, para determinar el grado de reproche que puede hacerse al sujeto culpable de una conducta que integró un delito o bien, el grado de temor que le inspira a la sociedad por su comportamiento, un sujeto incapaz, ayudarán a conocer al individuo como ente biopsicosocial.

En la legislación vigente y en el sistema jurídico-penal se habla de algunas de estas circunstancias modificativas y de otras no, y de las que se trata, su regulación se encuentra muy dispersa, solamente influyen para determinados delitos y no se dice claramente cuál es la repercusión que tienen.

Las circunstancias generales modificativas atenuantes son: El arrepentimiento activo y eficaz; la compensación del daño anterior a la sentencia; la presentación voluntaria ante la autoridad ministerial, sino hubo retractación o modificaciones en el momento de que se le tomó al sujeto su declaración en el juzgado.

También en este orden se ubican la provocación proporcional al delito, la vindicación inmediata a una ofensa grave y en general, todas aquellas que nos sirvan para disminuir el grado de reproche de la conducta asumida.

Funcionarán para la graduación de la temibilidad, aquellas que, por su propia naturaleza, lo permitan. Son circunstancias generales modificativas agravantes: Obrar con mezquindad o ensañamiento, emplear medios peligrosos, aprovechar estados de confusión, catástrofe o desorden Público; cometer el delito en lugar desprotegido, cerrado o habitado, o bien, procurarse de cualquier forma la impunidad.

Asimismo, deben ser consideradas como circunstancias generales agravantes: Cometer el delito bajo remuneración, hacer uso de drogas para de terminarse a él y ejecutarlo con menosprecio a las condiciones del ofendido, del lugar o de la autoridad.

Funcionan para la temibilidad, si son acordes con su naturaleza. Cuando se trate de una circunstancia agravante general, la autoridad judicial está facultada para decidir en qué casos proceden y en qué forma van a modificar la pena o la medida de tratamiento especializado, salvo que exista previsión especial, ya que si están incluidas en la parte especial para un determinado delito, tendrán una función diferente.

No considerado como circunstancias agravantes especiales para funcionar en todos los delitos-tipo en particular o especiales, a diferencia de lo que disponen la legislación que está vigente y la doctrina, que sólo las hacen operables en el homicidio y las lesiones a: La premeditación, la alevosía, la ventaja y la traición.

También sale de la parte especial del Código Penal, para ser incluida en la general, que la tipifica como si fuera delito y la hace funcionar como circunstancia general agravante, la pandilla. Considero una nueva circunstancia que agrava la penalidad: La cuadrilla. Cada una aumenta la punibilidad simple en cierta proporción.

Con la concurrencia de cada una de estas calificativas, va a sumársele una cuarta parte más a la duración de la punibilidad correspondiente al delito-tipo simple, hasta llegar al doble, con la aparición de cuatro. Si fueren más de este número, dispongo que sea aplicable la pena de privación de la vida.

(a) LA PREMEDITACIÓN.

Esta es una circunstancia agravante que por sí sola no constituye delito y que al momento de ser agregada al tipo fundamental o básico o especial, da lugar a un tipo "circunstanciado, complementado o subordinado cualificado o calificado", porque nos sirve para aumentar la sanción que le correspondería al delito simple.

Podemos decir que la premeditación existe: Cuando el sujeto activo hubiere reflexionado con anterioridad suficiente a sus actos, como para preparar o planear la conducta delictuosa. No se marca un tiempo límite mínimo o máximo para la reflexión, solo hago hincapié en que debe ser el necesario para tal efecto, variando de sujeto a sujeto.

Esta circunstancia modificativa agravante consta de tres elementos: 1. El temporal, que es ese lapso, que se entienda anterior al comienzo de ejecución. 2. El psíquico o interno, que es la misma reflexión. 3. El físico o externo, que es la serie de actos que tienden a demostrarlos en forma objetiva que el sujeto reflexionó.

Por ser la premeditación una circunstancia agravante, de naturaleza eminentemente subjetiva, pertenece al grupo de aquellas que no son comunicables y sólo afectará a las personas que hubiesen intervenido en el acuerdo para planear o preparar la conducta delictuosa, aunque no hayan realizado acto alguno para su ejecución. (1574)

El elemento temporal de la premeditación va de acuerdo con la capacidad psíquica del sujeto, desde el momento en que concibe en su mente la realización de la conducta delictuosa, hasta que se decide a ejecutarla, no importará que entre esta decisión y el primer acto de ejecución, medie poco o mucho tiempo.

En relación al elemento psíquico o interno de esta circunstancia especial agravante, puede decir que corresponde a la fase externa del iter criminis, que comprende desde la ideación, hasta la planeación o preparación del delito y que está relacionado con el factor temporal y se condiciona a él.

Por cuanto hace al elemento físico o externo de la premeditación, debo aclarar que corresponde a todos aquellos actos materiales que la persona que ha reflexionado realiza, después de haberse decidido a cometer el delito y que, inclusive, influyen en la ejecución, finalizando cuando el acto ilícito penal ha sido consumado.

(1574) En este supuesto nos encontraríamos frente a un caso de intervención intelectual.

Sabemos que los elementos subjetivos son de difícil prueba procesal; por ello, es muy necesario tomarle su declaración al sujeto activo del delito, haciéndole preguntas concretas que nos lleven a demostrar que existió esa reflexión, que serán complementadas analizando en forma detallada la manera en que el delito se ejecutó.

(b) LA SITUACION PROBLEMÁTICA DE LA PREMEDITACION.

Cuando analicemos la existencia de la premeditación, es muy importante que pongamos especial interés en resolver el problema de que si puede o no coexistir (en la misma conducta) con otras circunstancias especiales agravantes, con las modalidades del delito o con alguno de sus aspectos negativos.

PREMEDITACION Y LEGÍTIMA DEFENSA. Entendemos por premeditación: la reflexión anterior al delito, para planearlo o preparar su comisión. Un sujeto actúa en legítima defensa, cuando repele un ataque en contra de un bien jurídico propio o ajeno. Por su propia naturaleza, estas dos figuras no pueden coexistir.

Si el individuo que premeditó no ha comenzado a realizar actos de ejecución del delito planeado o preparado y repele un ataque a bienes jurídicos propios o ajenos, la circunstancia modificativa especial agravante no tiene relevancia alguna en el mundo jurídico, toda vez que el delito del cual depende su existencia, no se dio.

En cambio, si el sujeto que premeditó para planear o preparar la conducta delictuosa, ya hubiere comenzado con la realización de los actos que tienden a consumarlo, es él quien infliere el ataque a bienes jurídicos ajenos y solamente le beneficiará la legítima defensa a la persona que repele su agresión.

En el primer caso, existirá la justificación por legítima defensa en el delito cometido, a favor de la persona que premeditó. En la segunda hipótesis, se integrará el delito que el sujeto activo hubiese planeado o premeditado, calificado por la circunstancia especial agravante de premeditación.

PREMEDITACION Y DEFENSA PUTATIVA. Ya dije que por premeditación debemos entender a la reflexión anterior al delito, que tiene aplanearlo o a preparar. La defensa putativa existe, cuando la persona, por un error esencial e invencible, estima que bienes jurídicos propios o ajenos, están siendo atacado y contrarresta la agresión.

La situación se resuelve de manera semejante a la legítima defensa. Si quien premeditó no ha comenzado a ejecutar el delito planeado o preparado y repele un ataque erróneo a bienes jurídicos propios o ajenos, la circunstancia especial agravante de la premeditación, no adquiere relevancia jurídica, ya que el delito al que iba dirigida, no se realizó.

Ahora, si el sujeto que premeditó, planeando o preparando un delito, ya hubiera empezado a ejecutarlo, está infliriendo un ataque a bienes jurídicos ajenos y difícilmente podría alegar que estimó que estaba siendo agredido, por un error esencial e invencible y definitivamente, no lo beneficia la defensa putativa.

En la primera hipótesis habría una ausencia de conducta, fundada en el error y en el segundo, un delito agravado por la premeditación. Es necesario aclarar que el error en la defensa putativa tiene que ser esencial e invencible; si es accidental o vencible, el delito imputado será a título de culpa (cometido con intención indirecta).

PREMEDITACION Y RIÑA. La riña es otra de las circunstancias especiales, aunque de naturaleza atenuante, en virtud de disminuye la punibilidad correspondiente al delito de que se trate. Solamente funciona en algunos de los delitos en contra de la vida y la salud personales (homicidio, aborto y lesiones).

Para todos los efectos penales, debemos entender que existe la riña, cuando hay una contienda de obra aceptada, entre dos o más personas, con *ánimus rixandi* (intención hostil) y *ánimus laedendi* (de lesionar) o *ánimus nocendi* (de matar), integrada por una pluralidad de conductas positivas contrapuestas.

La premeditación y la rifa sí pueden coexistir, por ejemplo, en el caso en que la persona que ha reflexionado para planear o preparar el delito, decide, precisamente, que la mejor forma de ejecutarlo es actuando como provocador de la contienda de obra que el otro sujeto, ignorando su propósito, acepta.

Estimo que, inclusive, en el supuesto que la rifa se hubiere comenzando a gestar en situaciones normales, sin que medie la premeditación para provocar la contienda, si lograra ser comprobado el hecho de que el individuo tuvo el tiempo suficiente para reflexionar, planeando o preparando el delito, éste puede ser tomado como si hubiere premeditación.

Una circunstancia agrava y la otra atenúa; no se excluyen, sino por el contrario, la autoridad judicial debe establecer las proporciones de cada una y sobre esta base, tasar la sanción definitiva que va a aplicar a los sujetos.

PREMEDITACION Y ALEVOSIA. Debemos entender que la alevosía existe, cuando el sujeto activo hubiese sorprendido al pasivo, procurándole un estado de indefensión. El elemento esencial en la alevosía, es el empleo de la sorpresa que, a la vez, es el medio para evitar que el ofendido pueda defenderse.

La premeditación y la alevosía sí que pueden coexistir, para agravar más una misma conducta, porque el sujeto que ha reflexionado para planear o preparar un delito, además, puede emplear la sorpresa, para evitar que la persona a la cual está agrediendo, se defienda. Generalmente, estas calificativas aparecen juntas.

PREMEDITACION Y VENTAJA. Debemos saber que hay ventaja, si el sujeto activo es superior en fuerza física, en habilidad o en destreza a su víctima o bien, debilita su defensa, porque emplea algún arma. Lo esencial en la ventaja, es que el agente debilite la defensa del ofendido, por cualquier medio.

La premeditación y la ventaja sí pueden coexistir, habida cuenta que la persona que ha reflexionado para planear o preparar el delito, puede cometer su ejecución, de tal manera, que debilite la defensa del agredido o bien, como diría nuestra legislación vigente, sin correr el riesgo de ser muerto o herido.

PREMEDITACION Y TRAICION. La traición surge a la vida jurídica, cuando el actor viola la fe o la seguridad que el sujeto pasivo del delito espera de él, por sus relaciones personales. Aquí el núcleo del asunto está, en que el ofendido ve defraudada la confianza que depositó en el activo del delito.

La premeditación y la traición bien pueden coexistir, porque el autor del delito pudo haber reflexionado para planear o preparar el hecho, en contra de una persona que, por sus relaciones personales, tiene fe o seguridad en él; confianza que se ve vulnerada, con el ataque a sus bienes jurídicos.

PREMEDITACION E INTENSION INDIRECTA O CULPA. Entiendo que el delito ha sido cometido con intension indirecta o culpa, cuando el agente no ha querido la comisión del resultado típico, pero éste es producido, porque incumple un deber general de cuidado, que personalmente le incumbe y puede serle exigido.

La premeditación y la culpa no pueden coexistir, porque actuar en forma premeditada implica que el resultado típico se quiere producir; por ello, se reflexiona para planear o preparar su ejecución; es decir, que quien premedita forzosamente actúa con intension directa o dolo, queriendo y aceptando las consecuencias de su actuación.

PREMEDITACION E INTENSION MIXTA O PREDERINTENSIONALIDAD. Hay intension mixta o prederintensionalidad, cuando el sujeto quiere un resultado típico menor y se produce otro de mayor gravedad, porque incumplió con un deber general de cuidado, que personalmente le incumbía y que puede serle legalmente exigido.

La premeditación no puede coexistir con la intención mixta o preterintención, porque aquélla solamente se da con relación a los resultados queridos. En este supuesto, el delito será imputado como preterintencional y la premeditación quedará anulada, atendiendo a lo que es más favorable al procesado.

PREMEDITACION Y TENTATIVA. Un delito en grado de tentativa se da, cuando la persona tiene el propósito de cometerlo y habiendo un comienzo o una total ejecución o inejecución, no llega a ser consumado, por causas ajenas a su voluntad o bien, propias, porque falta el valor jurídico tutelado, el objeto material o los medios idóneos.

La premeditación y la tentativa bien pueden coexistir, porque el delito que el agente reflexionó, planeándolo o preparándolo, podrá ser iniciado en su ejecución o bien, totalmente ejecutado, no apareciendo su consumación y de esta manera, se queda en grado de intento acabado, inacabado o imposible, según el caso.

PREMEDITACION Y CONCURSO DE DELITOS. Debe considerarse que existe un concurso de delitos, cuando hayan sido producidos varios resultados típicos con una o más conductas. El concurso puede ser ideal o formal y real o material e integrado con tentativas o consumaciones, bien sean dolosas, culposas o preterintencionales.

La premeditación sí que puede coexistir con el concurso de delitos, siempre y cuando todas las conductas sean dolosas si se trata de una conducta dolosa y de otras culposas o preterintencionales, la premeditación sólo puede calificar a las que fueron realizadas con intención directa y previamente reflexionadas.

PREMEDITACION Y DELITO CONTINUADO. El delito continuado se da, cuando con unidad de propósito delictivo (dolo total previo) y dos o más conductas, es violado dos o más veces el mismo precepto legal, con tentativas o consumaciones, aunque el bien jurídico agredido injustamente, no pertenezca al mismo titular.

La premeditación y el delito continuado pueden coexistir, en el su puesto que se trate de bienes jurídicos disponibles, por ejemplo, en el delito de robo, que tutela la posesión y la propiedad personales; no así en las hipótesis que protegen valores no disponibles, como lo serían los delitos en contra de la vida y la salud personales.

PREMEDITACION Y ERROR VENCIBLE. Como recordaremos, para que el error tenía el efecto inmediato de anular a la voluntad (de las personas capaces nada más, que son las únicas que pueden actuar en forma consciente), debe reunir dos características, a saber: a) Ser esencial. b) Ser invencible.

Cuando el error en el cual se pretende anular la ausencia de conducta fundada en la falta de voluntad pudo haber sido vencible, poniendo un poco más de diligencia al actuar, la conducta debe reputarse como si se hubiera cometido con culpa o intención indirecta, porque se viola un deber general de cuidado.

El error inescusal o accidental puede ser en la persona (por confusión), en el golpe (por desviación) o en el delito (por apreciación) y no borra la voluntad ni la intención que matizan la conducta; sin embargo por una benevolencia jurídica, será calificado como actuación culposa, atendiendo a lo más favorable al procesado.

Cuando en una conducta premeditada concurren el error inescusal o el vencible, la premeditación subsiste, aunque el delito sea considerado como culposos y no exista la violación del deber general de cuidado. Este es el único caso en que la premeditación y la culpa coexisten, si el delito por su esencia acepta la intención indirecta.

(b) LA ALEVOSIA

También la alevosia es una circunstancia agravante que por sí sola no constituye delito y que en el momento de ser agregada al tipo fundamental o especial, da lugar a una figura "circunstanciada, complementada o subordinada cualificada o calificada", al aumentar la sanción que le correspondería al delito simple.

Sabremos que la alevosía existe: cuando el sujeto activo del delito hubiere sorprendido a la persona ofendida, procurándole un estado de indefensión. Esta fórmula engloba todas las formas alevosas de las cuales nos habla la doctrina tradicional, al hacerla consistir en la sorpresa que evita la defensa.

Esta circunstancia agravante consta de dos elementos, a saber: 1. El interno o psíquico, que consiste en querer interesar el ataque sorpresivamente. 2. El externo o material, que se demuestra con la existencia de la evitación de la defensa, resultándonos indiferente el medio que hubiere sido empleado para lograr tal fin.

La alevosía pertenece al grupo de las circunstancias agravantes de naturaleza subjetiva; por lo tanto, no es comunicable y nada más nos servirá para agravar la situación jurídica de las personas que hayan intervenido en el ataque sorpresivo, tendiente a procurarle un estado de indefensión al sujeto ofendido.

(d) LA SITUACION PROBLEMATICA DE LA ALEVOSIA

ALEVOSIA Y LEGITIMA DEFENSA. Estas dos instituciones jurídicas no pueden coexistir, atendiendo a su propia naturaleza. Si el agente ya inició un ataque por sorpresa, su actitud denota una agresión injusta y si el pasivo lograra repelerlo, sería él quien actuase en legítima defensa.

Si la persona que está actuando en forma alevosa contratacara la repulsa que de su agresión primaria hace el ofendido, no podría alegar en su favor legítima defensa, puesto que fue quien inició el ataque. La alevosía va a calificar a todos los resultados que produzca el ataque sorpresivo.

ALEVOSIA Y DEFENSA POTENTIVA. Tampoco estas dos figuras pueden coexistir, por razonamientos semejantes a los de la hipótesis tratada con anterioridad. Si un individuo ya inició su ataque sorpresivo y el atacado lo- grase repelerlo, estaría actuando en legítima defensa y aquí con alevosía.

La persona que dirige un ataque sorpresivo hacia otro y resulta agredida, no puede alegar que existe a su favor una hipótesis de ausencia de conducta, diciendo que, por error, estimaba que estaba siendo injustamente agredida. Así es que subsiste la situación de que su delito se agrava por haber empleado la alevosía.

ALEVOSIA Y RIFA. En una misma conducta no pueden darse la atenuante de la rifa y la agravante de la alevosía, en virtud que en la rifa la persona que actúa en calidad de provocador, está anunciando el ataque y la alevosía consiste en interesar la agresión en forma sorpresiva, sin que exista un anuncio previo.

En la rifa los sujetos que actúan en calidad de provocadores y de provocados tienen la posibilidad de defenderse, toda vez que esta figura se materializa en un intercambio de golpes (contienda de obra) y uno de los elementos esenciales de la alevosía es el de evitar la defensa de la persona a quien se ataca por sorpresa.

ALEVOSIA Y PREMEDITACION. Estas dos circunstancias agravantes sí que pueden coexistir y generalmente van unidas, toda vez que si la esencia de la alevosía es el empleo de la sorpresa para evitar que el ofendido se defienda, el ofensor tiene que planear y preparar el ataque y así, su conducta está premeditada.

ALEVOSIA Y VENTAJA. También estas dos calificativas coexisten y por lo regular aparecen juntas. En ambas se trata de anular la defensa del pasivo; en la alevosía empleando la sorpresa y en la ventaja, la fuerza física, la habilidad, la destreza o las armas. Si además de la sorpresa se emplea alguno otro de esos medios, coexisten.

ALEVOSIA Y TRAHICION. Es evidente que éstas pueden coexistir. Una persona puede emplear la sorpresa y evitar que se defienda otra, violando la fe o la seguridad que ésta espera de aquélla, por sus relaciones personales y su conducta se verá agravada por la presencia de dos calificativas.

ALEVOSSIA E INTENSION INDIRECTA O CULPA. Aquí es innegable el hecho de que estas dos figuras no pueden presentarse en una misma conducta, habida cuenta de que actuar alevosamente, implica emplear la intención directa o dolo y no se viola deber de cuidado alguno, al atacar sorpresivamente a otro, evitando que se defienda.

ALEVOSSIA E INTENSION MIXTA O PRETERINTENCIONALIDAD. Si la alevosía no acepta un actuar culposo, es dable concluir que tampoco podrá darse la intención mixta o preterintencionalidad, que precisa de la culpa. todos los resultados que se causen por un ataque sorpresivo que evita la defensa, deben ser imputados a título de dolo.

ALEVOSSIA Y TENTATIVA. Estas dos instituciones jurídicas sí pueden presentarse en una misma conducta. Un sujeto puede tener el propósito de atacar sorpresivamente a otro, para evitar su defensa y llevar a cabo un conuenio o una total ejecución o inejecución, sin que el delito que se propuso, llegue a consumarse.

ALEVOSSIA Y CONCURSO DE DELITOS. Es factible que estas dos figuras concurren en una misma hipótesis, porque el ofensor puede emplear el ataque sorpresivo que impide la defensa y causar dos o más resultados típicos, ejecutando una o varias conductas y presentándose un concurso ideal (formal) o real (material), en su caso.

Es muy importante señalar que la circunstancia agravante de la alevosía únicamente va a cualificar a los resultados que fueron logrados mediante el ataque sorpresivo que impide la defensa. Así es que solamente funcionará para los delitos que hubiesen sido cometidos en un concurso ideal o formal.

En el concurso de delitos real o material la alevosía, nada más va a calificar a los logros obtenidos con la conducta primaria, que fue en la cual se utilizó la sorpresa para evitar que el ofendido se defendiera. Los demás resultados típicos que se hayan causado no son producto de una actuación aleve.

ALEVOSSIA Y DELITO CONTINUADO. Si se trata de delitos referidos a bienes normativamente tutelados y disponibles, estas dos figuras jurídicas pueden coexistir, mas la alevosía sólo va a servirnos como agravante de las conductas que se llevaron a cabo mediante el empleo de la sorpresa, que tiende a evitar que el sujeto pasivo pueda defenderse.

ALEVOSSIA Y ERROR VENCIBLE. Será sancionado por un delito cometido con intención indirecta o culpa, agravado por la alevosía, el sujeto que al emplear el ataque sorpresivo que evita la defensa, actúe bajo un error que pudo haber evitado, si hubiese llevado a cabo su conducta con mayor diligencia.

ALEVOSSIA Y ERROR INESENCIAL O ACCIDENTAL. También será tenido como un delito perpetrado con intención indirecta o culposa agravado por la alevosía, aquél que lleve a cabo la persona que al emplear la sorpresa que impide que el ofendido se defienda, yerra en la persona (por confusión), en el golpe (por desviación) o en el delito.

Aparentemente las dos situaciones anteriores suenan contradictorias, toda vez que dije que la culpa no puede coexistir con la alevosía; empero, éste es un acto de benevolencia que el sistema jurídico emplea para fortalecer el principio rector general de que siempre debe estarse a lo que más favorezca al procesado.

Estas dos hipótesis encuentran una limitante, habida cuenta que lo dispuesto podrá ser aplicado, solamente en los casos en que el delito de que se trate acepte la intención indirecta o culpa en sus formas de cometerse; en el caso contrario, subsistirá la alevosía que implica un actuar doloso con intención directa.

(e) LA VENTAJA.

Se afirma que la ventaja es una circunstancia agravante que por sí sola no constituye delito; empero, cuando la agregamos al tipo fundamental o especial, da origen a una figura "circunstanciada, complementada o subordinada calificada o calificada", porque agrava la sanción que le correspondería al delito simple.

Existe la ventaja cuando el agente es superior en fuerza física, en habilidad o en destreza al ofendido o bien, debilita su defensa al emplear armas. Del mismo modo que en la alevosía, se trata de impedir la actitud defensiva del sujeto pasivo, aunque en la ventaja se exigen medios específicos.

Esta circunstancia agravante consta de dos elementos, que son: 1. El interno o psíquico, que significa que la persona que tiene la ventaja, tenga conocimiento de que es superior. 2. El externo o material, que consiste en que el sujeto que tiene a su favor la ventaja, emplee la superioridad o debilite la defensa.

La ventaja es una circunstancia agravante o calificativa que no se comunica, porque es eminentemente subjetiva, por tener entre sus elementos constitutivos, el conocimiento de la superioridad y porque ésta es una cualidad del sujeto activo. Por lo tanto, sólo perjudica a la persona que actuó, teniendo conocimiento y empleando la superioridad.

(f) LA SITUACION PROLEPTICA DE LA VENTAJA.

VENTAJA Y LEGITIMA DEFENSA. La ventaja y la legítima defensa no pueden coexistir. Si la persona que actúa con ventaja ha iniciado un ataque injusto, utilizando su superioridad o debilitando la defensa del ofendido y éste logra contrarrestar, es él quien actúa en legítima defensa y no el ofensor.

Si el sujeto fue agredido en forma injusta y repele el ataque, no tiene importancia que sea superior en fuerza física, en habilidad o en destreza a su agresor o que emplee armas, puesto que actúa en ejercicio legítimo de su derecho a la defensa, el cual no debe ser condicionado a la proporcionalidad de los medios.

En la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia se habló de la proporcionalidad de los medios y de la repulsa a la agresión, lo cual no me parece acertado, en virtud que cuando alguien está repeliendo una agresión injusta, se encuentra en un estado anímico tal, que no va a ponerse a hacer valoraciones absurdas.

VENTAJA Y DEFENSA PUTATIVA. Son figuras que no pueden coexistir. Si la persona es superior en fuerza física, en habilidad o en destreza o bien, emplea armas y por un error esencial o invencible, se estima injustamente atacada y agredida, existirá a su favor la defensa putativa, resultando irrelevante la ventaja.

VENTAJA Y RINA. No pueden coexistir, ya que si el provocador o el provocado es superior en fuerza física, en habilidad o en destreza a su oponente o bien, si ambos emplean armas, esta situación no tiene trascendencia jurídica, toda vez que aceptaron contender y con ello, el riesgo de ser agredidos en su vida o salud.

En cambio, sí pueden coexistir la rina y la ventaja en el supuesto que haya sido aceptada la contienda para el intercambio de golpes y solamente alguno de los rivales emplee armas para debilitar la defensa del otro contrincante, haciendo que las condiciones en que rivan sean desiguales.

VENTAJA Y PREMEDITACION. Desde luego que estas dos instituciones jurídicas pueden coexistir, en el entendido de que el sujeto activo del delito puede haber reflexionado para planear o preparar la conducta delictuosa y valerse de su superioridad física, hábil o diestra o bien, del empleo de armas, para llevarla a cabo.

VENTAJA Y ALEVOSIA. Sobre una misma conducta pueden darse estas dos calificativas, generalmente aparecen unidas. Para anular la defensa del pasivo, el agresor puede emplear además de la sorpresa, su superioridad en fuerza física, en habilidad o en destreza o bien, las armas.

VENTAJA Y TRAICION. Es indubitante que la ventaja y la traición pueden aparecer juntas, toda vez que la persona que es superior en fuerza física, en habilidad o en destreza o bien, debilita la defensa del ofendido al emplear armas, puede estar violando la fe o la seguridad que éste espera de él, por sus relaciones personales.

VENTAJA E INTENSION INDIRECTA O CULPA. El hecho de actuar con ventaja implica que la persona tenga conocimiento de ella y que, por lo tanto, dirija su conducta en forma dolosa. Por esto la ventaja y la intension indirecta o culpa no pueden darse sobre una misma conducta.

VENTAJA Y INTENSION MIXTA O PREFERINTENSIONALIDAD. Si dijimos que la ventaja no puede coexistir con la intension indirecta o culpa, es menester concluir que tampoco puede aparecer en forma conjunta con la intension mixta o preterintension, ya que ésta tiene entre sus elementos constitutivos a la culpa.

VENTAJA Y TENTATIVA. No se duda que una conducta en la cual el sujeto activo emplea la ventaja pueda quedarse en grado de tentativa, en el entendido que, existiendo un comienzo o una total ejecución o inejecución, el delito no llega a la consumación, por causas propias o ajenas a su voluntad.

VENTAJA Y CONCURSO DE DELITOS. Si es posible que en una misma hipótesis concurren la ventaja y el concurso de delitos, si la persona que es superior en fuerza física, en habilidad o en destreza o bien, que emplea armas, produce dos o más resultados constitutivos de delito.

VENTAJA Y DELITO CONTINUADO. Pueden coexistir, si los delitos de que se trata están referidos a bienes jurídicos disponibles y la ventaja nos servirá para agravar la penalidad de aquellas conductas que hubiesen sido cometidas valiéndose el agente de su superioridad física, hábil o diestra o bien, empleando armas.

VENTAJA Y ERROR VENCIBLE. Cuando la persona ventajosa actúe ante un error vencible, el resultado típico producido deberá ser imputado a título de culpa, aunque agravado por la ventaja; habida cuenta que pudo haber evitado el error, poniendo más diligencia al actuar; siempre y cuando el delito acepte esa forma de comisión.

VENTAJA Y ERROR INESENCIAL O ACCIDENTAL. No anula la ventaja el hecho de que el sujeto haya errado en la persona por confusión, en el golpe (por desviación) o bien, en el delito (por apreciación), aunque el resultado típico que se produzca será imputado a título de culpa, si el delito por su esencia la acepta.

(g) LA TRAICION

La traición es otra de las circunstancias agravantes que por sí sola no constituye delito y que al ser agregada al tipo fundamental o especial, provoca que se lo clasifique como "circunstanciado, complementado o subordinado cualificado o calificado" y que nos sirve para aumentar la sanción que le correspondería al delito simple.

Esta agravante se presenta cuando el sujeto activo viola la fe o la seguridad que el ofendido espera de él, por sus relaciones personales. Pertenecen al grupo de aquellas que no son comunicables, en virtud de que entre sus componentes se encuentra uno que tiene carácter subjetivo.

La traición está compuesta por dos elementos, a saber: 1. El interno o psíquico, que se traduce en el hecho de que el ofensor sepa que tiene el deber de respetar al ofendido. 2. El material o externo que significa que el sujeto activo infiera el ataque, violando la fe o la seguridad que el pasivo espera de él.

El deber que es transgredido en la traición emana de un ordenamiento ético y ha sido elevado al rango de obligación jurídica, con la finalidad de fortalecer las relaciones sociales que se dan a nivel personal e implican un vínculo de parentesco, de trabajo, de amistad, de gratitud o cualquier otro que revolve confianza.

(h) LA SITUACION PROBLEMÁTICA DE LA TRAICION

TRAICION Y LEGÍTIMA DEFENSA. No pueden coexistir, porque si el que tiene el deber de salvaguardar la fe o la seguridad del ofendido es quien infiere el ataque injusto, solamente se presentará la traición, la cual calificará al delito de que se trate y no podrá alegar a su favor la legítima defensa.

En el supuesto de que la persona que tenga a su cargo el deber sea injustamente agredida por aquel al cual le debe la fe o la seguridad, repale ese ataque, sólo se dará la legítima defensa, como causa de justificación y la traición como circunstancia agravante no podrá tener existencia jurídica.

TRAICION Y DEFENSA PUTATIVA. Tampoco pueden coexistir, en virtud que el error esencial e invencible que es necesario para que se dé la defensa putativa, es una hipótesis de ausencia de conducta que hace inexistente al delito para el mundo jurídico. Por su propia naturaleza, nada más subsiste una de las dos.

TRAICION Y RIFA. Estas dos figuras no pueden coexistir, ya que el hecho de actuar como provocador cuando se tiene el deber de salvaguardar la fe o la seguridad del provocado, ya implica la traición y la rifa queda sin relevancia jurídica. Si quien tiene el deber es el provocado, no es él quien está violando su obligación.

TRAICION Y PREMEDITACION. Si pueden coexistir, porque el individuo puede reflexionar con anterioridad al delito para planearlo o prepararlo e inferir el ataque injusto, violando la fe o la seguridad que el ofendido espera de él, por sus relaciones personales; de esta manera, el delito será calificado por dos agravantes.

TRAICION Y ALEVOSIA. También la traición y la alevosia pueden darse en una misma conducta, cuando una persona emplea la sorpresa para evitar que otra se defienda y viola la fe o la seguridad que está esperando de ella, por sus relaciones personales y su conducta se verá doblemente calificada.

TRAICION Y VENDETA. Es indudable que ambas calificativas pueden aparecer juntas, toda vez que una persona puede actuar violando la fe o la seguridad que el ofendido espera de ella, por sus relaciones personales y a la vez, ser superior en fuerza física, habilidad, destreza o bien, empleando armas.

TRAICION E INTENSION INDIRECTA O CULPA. El hecho de obrar a traición implica actuar dolosamente y con un dolo específico, por eso la traición y la intension indirecta no podrán aparecer en una misma conducta. Todas las resultados que el sujeto traidor cause al traicionado se imputarán a título de dolo.

TRAICION E INTENSION MIXTA O PRETERINTENSIONALIDAD. Si hemos dicho que la traición no puede coexistir con la intension indirecta o culpa, tenemos que concluir que tampoco puede aparecer en forma conjunta con la intension mixta o preterintensionalidad, toda vez que ésta tiene a aquélla entre sus elementos constitutivos.

TRAICION Y TENTATIVA. Si pueden coexistir, en el entendido que la persona que actúa violando la fe o la seguridad que el ofendido espera de ella por sus relaciones personales, puede realizar un comienzo o una total ejecución o inyección y no consumar el delito por causas propias o ajenas a su voluntad.

TRAICION Y CONCURSO DE DELITOS. Es posible que en una misma hipótesis se den la traición y el concurso de delitos, cuando el agente actúe violando la fe o la seguridad que el ofendido espera de él, por sus relaciones personales y comete dos o más resultados típicos sobre sus bienes jurídicos. Si no, únicamente calificará a los delitos que corresponda.

TRAICION Y DELITO CONTINUADO. Pueden coexistir, si se trata de un delito-tipo que tenga como encargo la protección de bienes jurídicos disponibles, siempre y cuando pertenezcan al mismo titular o el agente actúe violando su fe o su seguridad; si no, sólo calificará a los delitos que se hubiesen perpetrado a traición.

TRAICION Y ERROR VENCIBLE. El error vencible no es suficiente para destruir el elemento subjetivo-material o conducta. En algunos casos el delito será imputado como culposo, si acepta esa forma de comisión y si no, como doloso. Como la calificativa implica un dolo específico, no podrá subsistir.

TRAICION Y ERROR INESENCIAL O ACCIDENTAL. Si el delito de que se trata acepta en su forma de comisión a la culpa, será sancionado con la penalidad que le corresponda y si no, será tratado a título de dolo, aunque no con la calificativa de la traición, puesto que éste va dirigido a una persona y a un fin determinado.

Hay que tener cuidado con aquella figura que se llama "variación o traslación de tipo", puesto que si se trata del caso en que el agente tenía la intención de cometer un parricidio calificado y yerra en la persona o en el golpe, solamente existirá el homicidio, el cual no debe ser agravado por la traición.

La traición además de ser una circunstancia subjetiva, está fundada en una calidad personal del ofendido y en ninguno de los dos casos puede ser comunicable y tampoco debe operar cuando el delito hubiere sido cometido encontrándose el agente en una situación de error inesencial o accidental o bien, vencible.

(i) LA PANDILLA.

La pandilla también será una circunstancia agravante que no es considerada como delito por sí sola y que al ser agregada al tipo, lo clasifica como "circunstanciado, complementado o subordinado calificado o calificado, porque la utilizamos para aumentar la sanción que le correspondería al delito simple.

Esta calificativa podrá quedar comprobada cuando la conducta delictuosa será ejecutada con la intervención de dos o más personas, existiendo un previo acuerdo para su comisión, aunque el acuerdo hubiere intervenido en el delito en diferente grado, sin que importe si su reunión es habitual o transitoria.

La circunstancia agravante de la pandilla tiene dos elementos constitutivos, a saber: 1. El interno o psíquico, que es el previo acuerdo para la comisión del delito. 2. El externo o material, que es la ejecución de una conducta delictuosa llevada a cabo por dos o más personas, aunque intervengan en diferentes grados.

La pandilla pasa a ser una circunstancia agravante o calificativa que no es comunicable, por ser de naturaleza primordialmente subjetiva, ya que entre los elementos que la integran, tiene uno que es de carácter subjetivo y solamente perjudica a la persona que interviene en la comisión del delito con otro, mediante un previo acuerdo.

(j) LA SITUACION PROBLEMÁTICA DE LA PANDILLA.

PANDILLA Y LEGÍTIMA DEFENSA. Si la pandilla implica el acuerdo previo para cometer un delito con la intervención de varias personas y aún no ha empezado la ejecución, es evidente que no puede coexistir con la legítima defensa, porque todavía no han sido realizados actos que sean punibles.

En la situación en que exista el acuerdo previo y dos o más personas hayan comenzado a ejecutar el ataque injusto y el ofendido repela esa agresión, quienes contraataquen no pueden alegar la legítima defensa a su favor, en el entendido de que han sido ellos quienes comenzaron actos constitutivos de delito.

PANDILLA Y DEFENSA FUGATIVA. La pandilla no puede coexistir con la defensa putativa, en virtud que si los pandilleros no han dado inicio a la ejecución del delito y por error esencial e invencible se estiman injustamente atacados y repelen la agresión, la calificativa todavía no tiene existencia jurídica.

Si los pandilleros ya dieron muestras de ejecutar el delito comenzando la agresión injusta, no pueden alegar que operó a su favor el error esencial e invencible que los hace estimarse injustamente atacados y su delito subsiste, agravado por la situación de haberlo ejecutado en pandilla.

PANDILLA Y RIFA. Es evidente que esta dos figuras sí pueden coexistir, en el entendido que varias personas pueden ponerse de acuerdo para provocar a otra (s), con *ánimas rijandi* (deseo de retirar) y *laedendi* (de lesionar) o *neccandi* (de matar), cometiendo lesiones u homicidio, agravados por la pandilla y atenuados por la rifa.

PANDILLA Y PREMEDITACION. También la premeditación puede coexistir con la pandilla, habida cuenta que los sujetos que tienen un previo acuerdo para cometer el delito, reflexionan para planearlo o prepararlo, resultando que su actuación ilícita será doblemente calificada.

PANDILLA Y ALEVOSIA. La pandilla y la alevosia sí pueden darse en una misma conducta, dado que las personas que previamente se pusieron de acuerdo para realizar un delito, pueden emplear la sorpresa, para procurar un estado de indefensión al individuo ofendido, cometiéndose un delito doblemente agravado.

PANDILLA Y VENTAJA. Es indudable que la pandilla y la ventaja pueden aparecer juntas, porque los individuos que previamente se ponen de acuerdo para cometer un delito, a la vez, pueden ser superiores en fuerza física, en habilidad o en destreza. Cuando haya empleo de armas, se dará la cuadrilla.

PANDILLA Y TRAIICION. La pandilla puede coexistir con la traición, cuando los individuos que tomaron el acuerdo para cometer el delito, tienen la obligación de salvaguardar la fe o la seguridad de la persona ofendida. Si no, solamente calificarán la pandilla y la traición a los que tengan ese deber.

PANDILLA E INTENSION INDIRECTA O CULPA. Estas dos figuras no pueden coexistir, dado que el previo acuerdo para cometer el delito, implica un actuar doloso o con intención directa y en la culpa (intención indirecta), es muy cuestionable que pueda existir un acuerdo para violar un deber de cuidado.

PANDILLA E INTENSION MIXTA O PRETERINTENCIONAL. La pandilla no puede existir junto con la intención mixta o preterintención, dado que para que pueda llegar a integrarse un delito con exceso en el fin, es preciso que concurren el dolo y la culpa, y esta última no es aceptable en la calificativa que comentamos.

PANDILLA Y TENTATIVA. Pueden darse en forma simultánea, habida cuenta que varios sujetos podrían acordar la realización común de un delito e iniciar o completar su ejecución o inejecución, no llegando a consumarlo por causas ajenas o propias a su voluntad o bien, por no existir el bien jurídico, el objeto material o los medios idóneos.

PANDILLA Y CONCURSO DE DELITOS. Es factible que varios delitos cometidos en concurso ideal (formal) o real (material) se vean calificados por la pandilla, siempre y cuando en el acuerdo previo de los sujetos que lo realizan, hubiere existido su ejecución. Si no, la agravante nada más afectará a los delitos acordados.

PANDILLA Y DELITO CONTINUADO. También es posible que el delito continuado sea agravado por la agravante de la pandilla, si el dolo total previo y la realización del delito hubiesen entrado en el previo acuerdo de los sujetos que actúan. Si no, la pandilla sólo agravará a las conductas realizadas en común, previo acuerdo.

PANDILLA Y ERROR VENCIBLE. El error vencible no es suficiente para destruir al elemento subjetivo-material o conducta. El delito será imputado como culposo, si acepta esa forma de comisión y si no, como doloso. Como doloso. Como la calificativa de la pandilla implica un dolo específico, no podrá subsistir.

PANDILLA Y ERROR INESENCIAL O ACCIDENTAL. Corno que en este caso, el error en la persona, en el golpe o en el delito no es suficiente para anular al elemento subjetivo-material o conducta, en el entendido, que no es necesario que el acuerdo previo vaya dirigido a una persona o a un delito específico.

(k) LA CUADRILLA.

La cuadrilla pertenece al grupo de las circunstancias agravantes que no son consideradas como delito por sí solas y que al ser agregada al tipo, lo clasifican como "circunstanciado, complementado o subordinado calificado o cualificado.

En la conducta enjuiciada podremos comprobar la existencia de la cuadrilla, cuando el delito haya sido ejecutado por dos o más personas, existiendo un previo acuerdo para cometerlo, si además, portan armas. No es necesario que todos los sujetos que intervengan se valgan de ese medio para actuar.

La circunstancia agravante de la cuadrilla tiene dos elementos constitutivos, que son: 1. El interno o psíquico, que consiste en el acuerdo previo para cometer el delito, portando armas. 2. El externo o material, que se traduce en el hecho de que la conducta delictuosa sea realizada por dos o más personas, portando esos instrumentos.

(j) LA SITUACION PROBLEMÁTICA DE LA CUADRILLA.

CUADRILLA Y LEGÍTIMA DEFENSA. Si los cuatreros aún no han comenzado a realizar actos de ejecución del delito acordado y son víctimas de un ataque injusto que repelen, solamente existirá la legítima defensa, puesto que la agravante de la cuadrilla todavía no ha tenido positiva existencia en el mundo de la juridicidad.

Si existe ese acuerdo previo y los cuatreros ya hubiesen comenzado el ataque injusto, repeliendo el ofendido esa agresión, si aquéllos contraatacasen, no podrían alegar legítima defensa a su favor, en el entendido que la causal de justificación solamente va a favorecer a la persona que hace las veces de sujeto pasivo.

CUADRILLA Y DEFENSA PUNITIVA. Estas dos instituciones no pueden coexistir, en virtud que si los cuatreros no han comenzado a ejecutar el delito que acordaron y por error inessential o invencible, se estinan injustamente agredidos y contraatacan, nada más existirá a su favor la causa de ausencia de conducta, fundada en el yerro.

En cambio, si los cuatreros ya dieron inicio a la ejecución del delito, no podrían decirse injustamente atacados por error inessential e invencible, en el entendido que fueron ellos los que iniciaron la agresión y subsiste el o los delitos que hayan cometido, agravados por la circunstancia de actuar en cuadrilla.

CUADRILLA Y RINA. Claro que en una misma conducta sí pueden darse la cuadrilla y la rina, si varias personas se ponen de acuerdo para cometer el delito, portando las armas y provocan a otra (s) con ánimus rixandi (deseo de reñir) y *laedandi* (de lesionar) o *nocendi* (de matar) y su delito será atenuado o agravado.

CUADRILLA Y PREMEDITACION. Bien pueden coexistir la premeditación y la cuadrilla, habida cuenta que los sujetos que tienen un previo acuerdo para cometer el delito portando armas, reflexionándose acerca de su planeación o preparación. Precisamente el previo acuerdo, significa reflexión.

CUADRILLA Y ALEVOSIA. La cuadrilla y la alevosia pueden coexistir, porque las personas que previamente se pusieron de acuerdo para realizar el delito, portando armas, pueden emplear además, la sorpresa, para procurarle un estado de indelensión a la persona ofendida y su delito es doblemente calificado.

CUADRILLA Y VENTAJA. Estas dos calificativas sí pueden aparecer en una misma conducta, si los individuos que previamente se pusieron de acuerdo para cometer el delito portando armas, son superiores en fuerza física, en habilidad o en destreza, al sujeto pasivo del delito.

CUADRILLA Y TRAICION. La cuadrilla puede coexistir con la traición, si los cuatreros tienen la obligación de salvaguardar la fe o la seguridad de su víctima. Si no se da esta circunstancia, la cuadrilla únicamente puede servirnos para calificar la conducta de la persona que obre a traición.

CUADRILLA E INTENSION INDIRECTA O CULPA. No puede hablarse de un delito con intension indirecta o culposo ejecutado en cuadrilla, dado que el previo acuerdo para cometer el delito portando armas, ya implica una actuación dolosa.

CUADRILLA E INTENSION MIXTA O PRETERINTENSIONAL. La cuadrilla no puede agravar un delito preterintensional, porque éste requiere de la intension indirecta o culposa para su configuración y no es factible que esta forma, coexista con la agravante que estamos comentando.

CUADRILLA Y TENTATIVA. Estas dos figuras sí pueden coexistir, si varios sujetos acuerdan la realización común del delito portando armas y existiendo un comienzo o una total ejecución o inejecución, no llega a ser consumado por causas propias o ajenas a su voluntad, por falta de bien jurídico, objeto material o medios idóneos.

CUADRILLA Y CONCURSO DE DELITOS. Varios delitos cometidos en concurso ideal (formal) o real (material), pueden ser agravados por la cuadrilla, siempre que en el acuerdo previo, hubiese existido la intención de realizarlos. En el caso contrario, la agravante sólo afectará a los delitos acordados.

CUADRILLA Y DELITO CONTINUADO. Es factible que la cuadrilla coexista con el delito continuado, si en el dolo total previo hubiese existido el acuerdo de los cuatreros para actuar, portando armas. Si no, la circunstancia agravante de la cuadrilla sólo se aplicará a las conductas realizadas en común, previo acuerdo.

CUADRILLA Y ERROR VENCIBLE. El error que pudo haberse vencido, poniendo un poco más de diligencia, no es suficiente para anular al elemento subjetivo-material o conducta. El delito será imputado como culposo, si acepta esa forma de comisión. En hipótesis diversas, será doloso, sin la calificativa de la cuadrilla.

CUADRILLA Y ERROR INESENCIAL O ACCIDENTAL. Afirmando que en este caso, el error en la persona, en el golpe o en el delito no es suficiente para anular al elemento subjetivo-material o conducta y sólo considerado como doloso, unido a la circunstancia agravante de haber sido ejecutado en cuadrilla.

(248) LOS BENEFICIOS PENALES.

Aunque este tema se encuentra incluido en la teoría general de las sanciones penales, no podemos considerarlo propiamente como alguna de sus modalidades, en virtud que solamente va a servirnos para convertir a la pena privativa de libertad corporal. Son aquellos que en la doctrina penal han sido reconocidos como "sustitutivos".

Según recuerdo, la primera tendencia que nos habló de los substitutivos penales lo fue el positivismo, en la voz autorizada de FERRI, aunque no con el sentido que se les da --como medios para substituir a la pena privativa de libertad corporal--, sino como medidas preventivas, para no llegar a la comisión de los delitos.

La directiva que impera en este orden, está por afirmar que la pena de prisión debe ser erradicada de los códigos penales --por el fracaso rotundo que ha tenido al tratar de lograr sus fines (repersonalización, readaptación, etc.) y que debe ser substituida por diferentes sanciones, que tiendan más a lo administrativo.

Nuestro sistema jurídico-penal mexicano dispone que los substitutivos penales (aunque los englobe y los reglamente en las penas y medidas) deben operar al nivel de la punibilidad o punición, una vez que el juzgador ha individualizado e impuesto una pena privativa de libertad corporal, para substituir la y que puede tener efectos reversivos.

DE LA BARRERA anota: "A pesar de la preocupación por el radical fracaso de la prisión en su asignada función repersonalizadora está siempre en el plano declarativo, pocas veces se observa en los códigos penales efectiva disposición de dar pasos conducentes a substituir esa sanción". (1575)

En mi concepto, el objetivo de los mal llamados "substitutivos penales", no es el de tomar el lugar de la pena privativa de libertad corporal, como se pretende hacer creer, sino el de complementar las opciones que puede tener la autoridad judicial en el momento en que va a dictar una sentencia condenatoria.

(1575) DE LA BARRERA. Punibilidad, Punición y Pena. Substitutivos y Co-activos de la Pena. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 116. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

En la actualidad no son pocos los delitos graves, sino que el fenómeno que se presenta es a la inversa: Cada vez las conductas delictivas se dan con mayor frecuencia y sus consecuencias son más nefastas y una forma de luchar en contra de ellas, la encontramos imponiéndole a sus autores la pena de que cumpla con esa determinada función de rehabilitarlos.

Definitivamente no es culpa mía que los autores penalistas y penitenciaristas de casi todos los tiempos, se hayan equivocado al asignarle a la pena privativa de libertad corporal una función que ellos mismos saben que nunca va a cumplirse, si es que no contamos con la voluntad del sujeto a quien se le aplique.

Si estamos buscando la repersonalización, la readaptación, la renovación, etcétera, al aplicar la pena privativa de libertad corporal, bien podemos estar sentados para esperar que eso suceda. No es la pena la que ha sido mal elegida, sino la función que le corresponde realizar y por ello, es mejor hablar de la rehabilitación.

Para rehabilitar a una persona y permitirle reincorporarse a su núcleo social, no necesitamos para nada que nos otorgue su asentimiento y para someterla a la pena --que debe implicar un tratamiento-- tampoco, ya que son medidas que se suponen coercitivas y que van a ser ejecutadas, aunque el universo entero se oponga.

DE LA BARRERA concluye: "Si la experiencia histórica demuestra en el mundo entero fracaso absoluto de la pena de prisión en la función invocada, no es comprensible que se la mantenga como sanción principal en todos los códigos. Si la prisión no es la vía idónea para reincorporar al individuo a la sociedad, esta sanción ha de contemplarse críticamente". (1576)

La situación problemática que se nos presenta en relación a la pena privativa de libertad corporal, no se da a nivel de la punibilidad ni de la penalidad, sino de las funciones que debe cumplir la instancia de la ejecución de sanciones, en donde todavía no saben cómo hacer que cumpla sus fines.

Lo primero que debo aclarar, es que la denominación más acertada para esta figura jurídica lo es la de beneficios penales, en vista que no substituyen a la pena privativa de libertad corporal, sino que la convierten en otra forma de punición, que no es propiamente una sanción penal, beneficiando al sujeto que va a ser sentenciado.

No los llamo "sustitutivos", porque en mi concepto, la substitución no es reversible. No me es dable ejecutar una pena que ya substituí. En cambio, si digo que es un beneficio que convierte a la prisión en otra cosa, en esta hipótesis sí que puede operar la reversión, que es el fenómeno que sigue a la conversión.

Esos beneficios adquieren el carácter de penales, en virtud que pertenecen al sistema punitivo y están reglamentados en la legislación que les es propia. Sólo operan en la pena privativa de libertad corporal, cuando el sujeto reúna determinados requisitos y serán concedidos a juicio de la autoridad judicial de origen, exclusivamente.

La situación anterior se justifica, porque no en todos los casos en que el sujeto ha cometido un delito es punido con la privación de libertad corporal, se hace necesario someterlo a un tratamiento que conlleva esa pena; por ello, se lo beneficiará, convirtiéndosela en algo diferente: Existen otras alternativas aparte de la prisión.

La adquisición de los beneficios penales (o substitutivos de la prisión, como suele llamárseles) en nuestro Código Penal es reciente y a ello atribuyo las fallas que presenta su reglamentación, aunque significa que hemos dado un paso adelante en la política penal del combate jurídico en contra del delito. (1577)

(1576) DE LA BARRERA. Punibilidad, Punición y Pena. Substitutivos y Coercitivos de la Pena. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 117. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

(1577) Aparecieron con las reformas al Código Penal del 13 de enero de 1984.

En primer lugar, el artículo 24 del CPP revuelve a los sustitutos penales con las penas y las "medidas de seguridad", mencionando al tratamiento en libertad, a la semilibertad y al trabajo en favor de la comunidad, aunque en artículos diversos habla, además, de que la multa y la condena condicional pertenecen a esa categoría. (1578)

Se nos explica que esos sustitutos de la pena de prisión y que su efecto puede ser reversible. También se habla de la commutación y de la suspensión de ejecución de sanciones, previendo que puedan tener forma de confinamiento, multa y además, de la posibilidad de que el condenado los elija y exija. (1579)

Por último, en estas hipótesis se faculta a la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social (instancia de ejecución de sanciones), para que cambie las modalidades impuestas en la sustitución o en la commutación; es decir, para que altere los decretos judiciales. (1580)

El problema inherente a los beneficios penales, principalmente se debe plantear en el nivel de la penalidad y en la instancia de la imposición; aunque de hecho, lleve consigo su admisión en la determinación de las punibilidades y represente en la ejecución de las sanciones. La autoridad principal lo es la judicial.

Adquiere preponderancia la decisión que toma el juez penal de origen, ya que es la única autoridad que conoció directamente los hechos y al delincuente; por ello, si no los concede, fundamentando y motivando su sentencia, nadie más podrá decir que proceden. Sólo que hubiese omitido esos requisitos, el superior debe otorgar ese beneficio.

Las autoridades legislativas, en la instancia de la determinación de los delitos y de las punibilidades, solamente podrán elegir los beneficios penales que van a ser regulados en el catálogo de normas jurídicas, otorgándole diversas opciones al juez, para que pueda elegir la que procederá en el caso concreto.

En cambio, la autoridad ejecutora, nada más podrá concretarse a llevar a cabo la ejecución de los beneficios penales impuestos en sentencia que ha causado ejecutoria, en los términos que fueron decididos por el juzgador y en ninguna hipótesis podrá variar las condiciones de la resolución judicial.

DE LA BARRERA anota: "Al plantearse el tema de los llamados sustitutos penales se está haciendo referencia a las medidas capaces de sustituir ventajosamente a la pena de prisión. Pero los sustitutos no sólo se plantean a nivel ejecutivo, Para aplicarlos se requiere, primero, que estén previstos en la norma (como punibilidad), y, después, que el juez los imponga en su sentencia (como punición)". (1581)

Los sustitutos penales han sido clasificados en dos grandes rubros: a) Primero tenemos aquellos que restringen la libertad. b) En segundo plano, están los que no la alteran. (1582) En términos generales, nada más operan en caso de mínima gravedad.

(1578) Cfr. artículos 24, 70 y 90 del CPP.

(1579) Cfr. artículos 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76 y 90 del CPP.

(1580) Cfr. artículos 75 y 90 del CPP.

(1581) DE LA BARRERA. Punibilidad, Punición y Pena. Sustitutos y Correctivos de la Pena. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 118. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

(1582) DE LA BARRERA. Op. cit., pp. 118/9.

Los substitutivos penales que restringen la libertad son: La semi-libertad, el arresto de fin de semana, el confinamiento y el arresto domiciliario. Los otros son, verbí gratia: Las sanciones laborales y pecuniarias, extranamiento, destierro, amonestación, condena condicional, probation y parole. (1583)

Los substitutivos de la prisión deben ser nombrados "beneficios penales" y abren un campo nuevo en la política de lucha jurídica en contra del delito y en el tratamiento de los delincuentes. "Pueden constituir una alternativa, creativa e imaginativa, frente al fracaso de la prisión", según dice **DE LA BARRERA**. (1584)

En mi sistema reconozco la existencia de los siguientes beneficios:

- I. Restricción de la libertad personal.
- II. Semilibertad.
- III. Segregación.
- IV. Trabajo en favor de la comunidad.
- V. Amonestación.
- VI. Apercibimiento.
- VII. Caución de no ofender.

La restricción de la libertad personal consiste en: Prohibirle al condenado que acuda a determinados lugares o que ejecute ciertas conductas. Solamente la autoridad judicial está facultada para determinar los lugares y las conductas que la persona sentenciada debe abstenerse de visitar o ejecutar.

La semilibertad consiste en: Someter al condenado a períodos alternados de reclusión y libertad. Los términos de reclusión implican el tratamiento necesario para rehabilitarlo y deben ser cumplidos en lugares separados a los de las personas que estén purgando una pena privativa de libertad corporal.

La segregación consiste en que el condenado se obligue a residir en determinado lugar, sin salir de él. Para determinar el sitio, la autoridad judicial intentará conciliar las exigencias de la seguridad social y las peculiaridades de la persona sentenciada, conciéandola como ente biopsicosocial.

El trabajo en favor de la comunidad consiste en que el condenado se obligue a prestar un servicio profesional, técnico o manual, en instituciones públicas educativas, de asistencia o beneficio social o bien, en instituciones privadas asistenciales o de beneficencia, sin percibir salario,

La amonestación consiste en: Que la autoridad judicial le haga comprender al condenado las consecuencias que acarrearé el delito cometido, exortándolo a la enmienda. Además de funcionar como beneficio penal, la amonestación debe ser hecha en todos los casos en que sea dictada una sentencia en la que se condene.

El apercibimiento consiste en: Que la autoridad judicial le advierta al condenado que, de cometer un nuevo delito, la pena convertida se le hará efectiva. Funciona también en todos los casos en que sea concedido un beneficio penal y en las hipótesis en las que la autoridad judicial dicte una sentencia condenatoria.

La caución de no ofender consiste en: Que el condenado le entregue a la autoridad judicial un documento que compruebe que ha otorgado una fianza o un depósito, para comprometer su conducta futura. Si se incumple la obligación contraída, el monto de la caución será destinado a la procuración y administración de justicia penal.

(1583) La probatio es: "Un método de tratamiento de delincuentes especialmente seleccionados que consiste en la suspensión condicional de la pena, siendo el delincuente colocado bajo una vigilancia personal que le proporciona guía y tratamiento", según la ONU. La parole es la libertad condicional, una vez que se ha cumplido con parte de la pena privativa de libertad corporal impuesta en la sentencia.

(1584) **DE LA BARRERA**, Punición y Pena. Substitutivos y Correctivos de la Pena. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia, p. 120. Número 1. Volumen I. Enero-Marzo de 1983. México, Distrito Federal.

Como un beneficio penal humanitario, dispongo que cuando, con motivo del delito, el condenado hubiese sufrido consecuencias físicas graves que hagan notoriamente irracional la imposición de una pena privativa de libertad corporal, la autoridad judicial debe convertirla a uno de los beneficios penales anteriores, aunque no reúna los requisitos señalados.

(a) EL OTORGAMIENTO DE LOS BENEFICIOS PENALES.

Cuando a la persona condenada le haya sido otorgado algún beneficio penal y no cumpla con las condiciones que le fueron señaladas por la autoridad judicial, el órgano ejecutor debe proceder a hacer efectivas la pena privativa de libertad corporal y la caución otorgada.

A los menores de dieciocho años de edad, que resultaren responsables penales, siempre debe procurarse otorgárseles uno de los beneficios penales de los señalados con anterioridad o bien, podrían ser entregados a quienes legalmente les correspondía hacerse cargo de ellos, por la autoridad judicial.

Esto se hará, si las personas responsables se obligan a vigilarlos y a educarlos, si tienen un hogar bien integrado, si los delincuentes no revelan una alata tendencia delictuosa y además, los responsables otorgan caución suficiente para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Para otorgar los beneficios penales, deben cumplirse determinados requisitos, a saber: Que conviertan a la pena privativa de libertad corporal, que el término de la pena impuesta en la sentencia no rebase los cinco años y que se trate de un infractor o de un primodelincuente, nada más.

Además, se precisa que se haya cometido un solo delito, que de los estudios especializados resulte que la tendencia a delinquir de la persona es baja, que se satisfaga o comprometa la reparación del daño y que se otorgue una caución que será fijada a juicio de la autoridad judicial.

Por tener como fin la conversión de la pena privativa de libertad corporal, los beneficios penales no operan en la persona de los incapaces de comprensión y/o conducción adecuadas, que son responsables sociales y que tienen que ser sometidos a una medida de tratamiento especializado.

Si la persona responsable penal no reúne los requisitos señalados con anterioridad y por ello, el juzgador natural no le concede el goce de algún beneficio penal, debe motivarlo adecuadamente y su decisión no podrá ser revocada en la siguiente instancia, aunque el condenado estime que tenía el derecho.

En el beneficio penal de la semilibertad, podrán darse las siguientes modalidades: I. Reclusión diurna, con salida nocturna. II. Reclusión nocturna, con salida diurna. III. Reclusión de días laborales, con salida de sábados y domingos. IV. Reclusión de sábados y domingos, con salida en días laborales.

Con esas modalidades se trata de no alterar la jornada de trabajo de la persona sentenciada, procurando que siga su vida normal, aunque si no tiene actividades laborales, se le recluira en el día o en los días en que pueda trabajar dentro del establecimiento penitenciario en el cual cumpla con la reclusión.

Solamente la autoridad judicial podrá decidir cuál de las modalidades de la semilibertad le concede al condenado, considerándolo como un ente biopsicosocial, para ello atenderá a los resultados que le demuestren los estudios médicos y de trabajo social que deben practicárseles a todas las personas procesadas.

Así también el trabajo en favor de la comunidad tomará en cuenta esas condiciones y debe ser cumplido en jornadas distintas al horario de labores que represente la principal fuente de ingresos del condenado y sus dependientes económicos, sin que deba exceder de tres horas diarias ni de tres veces por semana, conforme a la Ley Federal del Trabajo. (1585)

Como todas las sanciones penales, el beneficio penal del trabajo en favor de la comunidad debe ser desarrollado en forma tal que no resulte degradante o humillante para el condenado y de preferencia, debe prestarlo en un área para la cual esté capacitado. Si carece de capacitación, la autoridad judicial le designará el campo.

Dije que en todos los casos en que los juzgadores hubiesen impuesto una pena u otorgado un beneficio penal, debe aporciibir y amonestar al condenado, por lo hará en una audiencia pública, haciéndole hincapié en los aspectos reprochables de su conducta y sin humillarlo o degradarlo.

En todos los supuestos en que las autoridades judiciales impongan una caución para asegurar el cumplimiento del compromiso de no ofender, fijarán su monto y su modalidad, a su prudente arbitrio, motivando en forma convincente su decisión, la cual también deberá estar fundamentada con los preceptos legales aplicables.

Con todas estas disposiciones se reafirma al arbitrio judicial, se limitan las facultades de todas las autoridades que intervienen en la materia penal y se procura salvaguardar las garantías de las personas procesadas y sentenciadas, sin otorgarles beneficios incoherentes que las coloquen por encima del ofendido.

(249) EL CESE DE LA PRETENSION PUNITIVA ESTATAL.

Bajo el nombre de pretensión punitiva estatal, se comprende la posibilidad que la autoridad ministerial inicie la averiguación previa y solicite la aplicación de una punibilidad, que la judicial individualice e imponga una pena y que la ejecutora, haga cumplir las sanciones señaladas en la sentencia.

En estas hipótesis quedan comprendidos aquéllos casos en que la doctrina tradicional ha determinado que existe una "excusa absolutoria", en que por razones de política criminal o familiar se deja sin sanción a determinados delitos y que cada vez son menos consideradas en los códigos penales.

Por cese de la pretensión punitiva estatal, debemos entender, entonces, todos aquellos supuestos en que por razones sentimentales, de política penal o familiar, se anula la posibilidad de que el Ministerio Público inicie la averiguación previa, el juez imponga una sanción y que el ejecutivo haga cumplir las que fueron impuestas.

La pretensión punitiva estatal cesará en las fases de investigación, imposición de penalidades o ejecución de sanciones, atendiendo a la gravedad de las hipótesis que planteo a continuación:

1. **DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO.** No deberán ser ejecutadas las sanciones impuestas por la autoridad judicial, cuando los delitos en grado de tentativa en contra de bienes jurídicos disponibles, no lleguen a consumarse por causas propias de su voluntad. Es decir, si hubo desistimiento (en un comienzo de ejecución) o arrepentimiento (en una total ejecución).
2. **IMPROCEDENCIA DEL ABORTO.** No deberá ser iniciada la averiguación previa por el Ministerio Público, si el aborto fue causado con intención indirecta o culpa de la persona embarazada, sea cual fuere el tiempo de la gestación.
3. **DELITOS COMETIDOS CON INTENCIÓN INDIRECTA O CULPOSOS EN CONTRA DE FAMILIARES.** No deberán ser ejecutadas las sanciones impuestas en sentencia, cuando por intención indirecta o culpa de la gente se hubiere causado lesiones u homicidio a sus familiares, si la culpa fue calificada como leve, atendiendo a las pruebas aportadas en el proceso.
4. **EUTANASIA.** También la pretensión punitiva estatal debe cesar en sus efectos de ejecución de las sanciones impuestas en sentencia firme, en los casos en que el delito de eutanasia haya sido cometido por un pariente en primer grado en línea recta del ofendido.

(C) LOS CUADROS SINOPTICOS.

(a) LAS FASES EVOLUTIVAS DE LA PENALIDAD.

- A) VENGANZA PRIVADA: Individual: (De ofendido a ofensor)
La sociedad pema- Colectiva: (De un grupo familiar a otro)
necia indiferente.

Límite: La LEY DEL TALION: "Ojo por ojo, diente por diente" o la compensación económica, que anula el derecho a la venganza.

- B) VENGANZA DIVINA: Sanciona el repre- (Influenciada por los conceptos religiosos)
sentante terrenal del poder divino.

Límite: La benevolencia de los reyes, príncipes o emperadores.

- C) VENGANZA PUBLICA: Sanciona el representante terrenal del poder divino (Inquisición) y un órgano civil ejecuta las penas. Terror
Intimidación
Penas de muerte
Penas infamantes

Límite: Un sistema de pruebas procesales muy precario y a conveniencia del inquisidor.

- D) VENGANZA HUMANITARIA: Intervención de los órganos del Estado. Garantías para el acusado en el proceso y en la ejecución de las penas.

Límite: El principio de legalidad.

- E) VENGANZA CIENTIFICA: Intervención de los órganos del Estado en instancias y con funciones específicas. Derechos y obligaciones para el ofendido, el delincuente y las autoridades estatales.

Límite: La justicia distributiva y la fundamentación y motivación de los actos de autoridad.

(b) EL FUNDAMENTO DE LAS SANCIONES PENALES.

TITULARIDAD DEL IUS PUNIENDI O DERECHO DE SANCIONAR PENALMENTE LOS DELITOS: La tiene el Estado, que adquiere la obligación de fundamentar (legalizar) y motivar (legitimar) adecuadamente sus actos de autoridad.

A) INSTANCIAS DE LAS SANCIONES PENALES:

DETERMINACION	-	(punibilidad)	-	PODER LEGISLATIVO
IMPOSICION	-	(penalidad o punición)	-	PODER JUDICIAL
EJECUCION	-	(sanciones penales)	-	PODER EJECUTIVO

B) NIVELES DE LAS SANCIONES PENALES

PUNIBILIDAD	abstracción de las sanciones, la determina el Poder Legislativo ayuda a la prevención general general, abstracta, permanente y obligatoria.
PENALIDAD	individualización e imposición de las sanciones, la realiza el Poder Judicial ayuda a la prevención general y especial particular, concreta y obligatoria.
SANCION PENAL	Ejecución de las sanciones, la lleva a cabo el Poder Ejecutivo, ayuda a la prevención especial particular, concreta y obligatoria.

C) DEFINICIONES:

PUNIBILIDAD:	Medio coactivo, a través del cual el legislador enmarca el contenido de un tipo delictivo determinado, con la amenaza general de restringir o privar de ciertos derechos esenciales a quien cometa ese delito y tiende a concretizarse en la persona del sujeto activo, por medio de la coercitividad.
PENALIDAD:	Medio coactivo, que determina el inicio de la coercitividad estatal, que es fijada por los jueces, para graduar la restricción o privación de derechos al autor del delito, que es concretada en su persona, atendiendo a su grado de reprochabilidad o temibilidad y a su responsabilidad (penal o social)
SANCION PENAL:	Es el medio coercitivo, a través del cual la autoridad ejecutora restringe o priva de ciertos derechos esenciales a la persona sentenciada y que se determina en su calidad, cantidad y forma de ejecución por la autoridad judicial, para realizar la prevención especial.

D) NORMAS CONSTITUCIONALES RELACIONADAS CON LAS SANCIONES PENALES:

Cfr. Artículos: 1º, 4º, 5º, 13º, 16º, 21º, 22º, 39º, 49º y 89º de la CPEUM.

(c) LA FUNCION DE LAS SANCIONES PENALES.

- A) LA TEORIA DE LA RETRIBUCION: FIN: Retribución del delito.
PRINCIPIO: Mal (pena) por mal (delito).
FUNDAMENTO: Responsabilidad objetiva y posteriormente, subjetiva.
- B) LA TEORIA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL: FIN: Prevención de los delitos.
PRINCIPIO: Corregir, intimidar o inculcar al delincuente.
FUNDAMENTO: Responsabilidad subjetiva
- C) LA TEORIA DE LA PREVENCIÓN GENERAL: FIN: Prevención de los delitos.
PRINCIPIO: Intimidar a la sociedad por medio de la sanción.
FUNDAMENTO: Responsabilidad subjetiva.
- D) LA TEORIA CONCILIADORA: FIN: Prevención y retribución de los delitos.
PRINCIPIO: Mal por mal, corregir, intimidar o inculcar al delincuente e intimidar a la sociedad por medio de la sanción.
FUNDAMENTO: Responsabilidad subjetiva.
- E) LA TEORIA DE LA REACCION ESTATAL: FIN: Combato jurídico efectivo de los delitos
PRINCIPIO: Rehabilitación del condenado.
FUNDAMENTO: Existencia del delito (culpabilidad o temibilidad) y de la responsabilidad (penal o social).

(d) LAS SANCIONES PENALES.

GENERO: Sanciones Penales.

ESPECIES: Penas.
Medidas de Tratamiento Especializado.

**CARACTERISTICAS DE LAS
SANCIONES PENALES:**

- A) Legales y legítimas.
- B) Generales y Particulares.
- C) Concretas y Temporales.
- D) Determinadas y Proporzionales.
- E) Racionales y Convertibles.
- F) Intimidatorias y Ejemplares.
- G) Distributivas y Justas.
- H) Instrumentales y Finalísticas.

AUTORIDADES RELACIONADAS CON LAS SANCIONES PENALES.

- A) **PODER LEGISLATIVO:** Determina la punibilidad que le corresponderá a cada delito-tipo y las reglas para individualizar e imponer las sanciones penales.
- B) **PODER EJECUTIVO:** (Ministerio Público-Procuración de justicia). Solicita a la autoridad judicial que imponga las sanciones que corresponden al delito y al autor, de acuerdo con las modalidades y el grado de intervención, principalmente.
- C) **PODER JUDICIAL:** Individualiza e impone las sanciones penales, una vez que comprobó la existencia del delito (culpabilidad o temibilidad) y la responsabilidad (penal o social), aplicando una pena o una medida de tratamiento especializado, respectivamente.
- D) **PODER EJECUTIVO:** (Organo ejecutor). Hace cumplir las sanciones penales en los términos y con las condiciones que fueron impuestas en la sentencia ejecutoriada.

(e) LAS PENAS

FUNDAMENTO:

La existencia del delito (culpabilidad) y de la responsabilidad (penal). Sólo se impone a personas capaces de comprensión y conducción adecuadas.

GRADUACION:

Atendiendo a los términos mínimo y máximo de la punibilidad que corresponda, a las circunstancias modificativas agravantes o atenuantes y de ejecución del delito, a las características del ofensor y del ofendido y a su duración legal.

a) PENAS PRINCIPALES: Son aquéllas que están expresamente previstas en la punibilidad del delito tipo respectivo.

CLASIFICACION: b) PENAS OBLIGATORIAS: Son las que se aplican en todos los casos de responsabilidad (penal o social), aunque no las prevea expresamente el delito-tipo respectivo.

c) PENAS ACCESORIAS: Son las que la autoridad judicial está facultada para imponer a discreción, aunque no las revea el delito-tipo respectivo.

CATALOGO DE PENAS

- I. Privación de la vida (principal).
- II. Privación de la libertad corporal (principal)
- III. Tratamiento especializado para rehabilitación corporal (accessoria).
- IV. Multa (obligatoria).
- V. Compensación del daño (obligatoria).
- VI. Decomiso (obligatoria).
- VII. Suspensión o privación de derechos (accessoria).
- VIII. Publicidad especial de sentencia (accessoria).
- IX. Intervención, remoción, suspensión o disolución de agrupaciones (accessoria).
- X. Penas tutelares (principal).

(f) LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO ESPECIALIZADO.

- FUNDAMENTO:** La existencia del delito (temibilidad) y de la responsabilidad (social). Solamente se imponen a las personas incapaces de comprensión y/o conducción adecuadas, debido a un trastorno mental de carácter permanente.
- GRADUACION:** Atendiendo a la duración legalmente prevista para cada una de ellas, a las circunstancias del delito, a las características del ofendido y a las peculiaridades del delincuente.
- ADVERTENCIA:** Las denominadas penas obligatorias (multa, compensación del daño y decomiso) se impondrán en la sentencia, para que recaigan en las personas que son responsables del cuidado de los incapaces, en su caso.
- FINES:** Procurar la rehabilitación social del condenado, sometiendo a los cuidados médicos, clínicos, educativos, laborales, lúdicos y/o recreativos que necesite, de acuerdo con los estudios médicos y de trabajo social que sean necesarios para conocer su personalidad.
- CATALOGO DE MEDIDAS DE TRATAMIENTO ESPECIALIZADO:**
- I. Confinamiento.
 - II. Reclusión.
 - III. Tratamiento especializado para rehabilitación en semilibertad.
 - IV. Tratamiento especializado para rehabilitación en libertad.
 - V. Medidas tutelares.

(g) LOS BENEFICIOS PENALES.

NOCIÓN: Son determinadas medidas que convierten a la pena privativa de libertad corporal.

CATALOGO DE BENEFICIOS PENALES.

- I. Restricción de libertad personal.
- II. Semilibertad.
- III. Segregación.
- IV. Trabajo en favor de la comunidad.
- V. Amonestación
- VI. Apercibimiento.
- VII. Caución de no ofender.

REQUISITOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LOS BENEFICIOS PENALES:

1. Que conviertan a la pena privativa de libertad corporal.
2. Que el término de la pena impuesta no rebase los cinco años.
3. Que se trata de un infractor o de un primodelincuente.
4. Que se hubiere cometido un solo delito.
5. Que de los estudios especializados se pruebe que la tendencia a delinquir de la persona es baja.
6. Que se satisfaga o comprometa el pago de la compensación del daño.
7. Que se otorgue una caución fijada a juicio de la autoridad judicial.

ADVERTENCIA:

Sólo la autoridad judicial de origen está facultada para conceder o negar los beneficios penales, fundamentando y motivando debidamente su decisión. La ejecutora procederá a hacer efectivas la pena privativa de libertad corporal convertida y la caución otorgada, si se incumple con los compromisos que genera su concesión.

(h) LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS ATENUANTES Y AGRAVANTES GENERALES.

1. CIRCUNSTANCIAS
ATENUANTES:

- A) El arrepentimiento activo y eficaz.
- B) La compensación del daño anterior a la sentencia.
- C) La presentación voluntaria ante la autoridad ministerial.
- D) La confesión espontánea ante la autoridad ministerial, si no hubo retractación o modificaciones.
- E) La provocación proporcional al delito.
- F) La vindicación inmediata a una ofensa grave.
- G) Todas aquellas que disminuyan el grado de reprochabilidad de la conducta asumida.

2. CIRCUNSTANCIAS
AGRAVANTES:

- a) Obrar con mezquindad o ensañamiento.
- b) Emplear medios peligrosos.
- c) Aprovechar estados de confusión, catástrofe o desorden público.
- d) Cometer el delito en lugar desprotegido, cerrado o habitado.
- e) Procurarse de cualquier forma la impunidad.
- f) Cometer el delito bajo remuneración.
- g) Hacer uso de drogas para determinarse a cometer el delito.
- h) Ejecutar el delito con menosprecio a las condiciones del ofendido, del lugar o de la autoridad.

3. CIRCUNSTANCIAS
AGRAVANTES ESPECIALES:

- 1) Premeditación.
- 2) Alevosía.
- 3) Ventaja.
- 4) Traición.
- 5) Pandilla.
- 6) Cuadrilla.

(i) EL CESE DE LA PRETENSION PUNITIVA ESTATAL.

CONCEPTO: Son aquellas situaciones en las cuales, por motivos sentimentales, de político familiar o penal se arula la posibilidad que el Ministerio Público inicie la averiguación previa, el juez imponga una sanción y el ejecutivo haga cumplir la que fue impuesta.

HIPOTESIS:

- 1) Desistimiento y arrepentimiento en los delitos en contra de bienes jurídicos disponibles (no se ejecutará la sanción impuesta en la sentencia).
- 2) Intención indirecta o culposa de la persona embarazada en su aborto, sea cual fuere el tiempo de la gestación (no se iniciará la averiguación previa)
- 3) Intención indirecta en los delitos de lesiones, homicidio y aborto de familiares, cuando la culpa fuere calificada como leve (no se ejecutará la sanción impuesta en la sentencia)
- 4) Eutanasia, cuando el ofendido fuese pariente en primer grado y en línea recta del delincuente (no se impondrá la sanción).

(D) LAS REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1. BECCARIA. Tratado de los Delitos y de las Penas.
2. CARNELUZZI. Teoría General del Delito.
3. CASTELLANOS TERRA. Lineamientos Elementales de Derecho Penal.
4. DE LA BARRERA Y SOLORZANO. Punibilidad, Punición y Pena. Sustitutivos y Correctivos de la Pena.
5. GIMBERNARI ORDEIG. ¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídico-Penal?
6. GONZALEZ A. ALPUCHE. El Crepúsculo de la Doctrina Positiva del Derecho Penal.
7. ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL. Contenido de las Normas Penales.
8. MARQUEZ PINERO. Derecho Penal. Parte General.
9. MIR PUIG. Dogmática Creadora y Política Criminal.
10. PEREZ GALAS. Derecho y Organización Social de los Mayas.
11. FORTE PÉREZ CANSAUDAR. Apuntes de la Parte General de Derecho Penal.
12. RODRIGUEZ RAMOS. Criterios Políticos y Técnicos para la Creación y Abrogación de las Normas Penales.
13. ROKIN. Problemas Básicos de Derecho Penal.
14. RICH. Medidas de Seguridad. Descripción Legal, Aplicación Judicial y Ejecución.
15. SOLER. La Raíz de la Culpabilidad.
16. TAYLOR, WALTON y YOUNG. Nueva Criminología.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- ABARCA, Ricardo. *El Derecho Penal en México*. Editorial Jus. México. 1941.
- ALIMENA, Bernardino. *Il Concetto unitario del Reato Culposo*. Rivista di Diritto Penale. Tomo XI. Padova. 1939.
- ALMARAZ HARRIS, José. *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Penal*. Tomo II. México. 1948.
- ALMENDING. *Untersuchungen über das Culpöse Verbrechen*. Giesen. 1804.
- ANGIOLINI. *Del Delitti Culposi*. Bocca. Turín. 1901.
- ANSBACHER y ANSWÄCHER R. Adler, *Superioridad e Interés Social*. (Una colección de sus últimos escritos). Fondo de Cultura Económica. México. 1968.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Parte Generale. Milano. 1947. y 1955.
- ANTOLISEI, Francesco. *La Acción y el Resultado en el Delito*. Editorial Jurídica Mexicana. México. 1959.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal*. Editorial Uteha. Argentina. Buenos Aires. 1960.
- ANTON GNECA, José. *Derecho Penal*. Tomo I. Madrid. 1949.
- ARISTOTELES. *Moral a Nicómaco*. Editorial El Ateneo.
- ARTEAGA. *La Culpa en la Teoría General del Hecho Punible*. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1975.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal*. Conceptos Fundamentales y Sistema. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1973.
- BAVAGLINI, Giulio. *Diritto Penale*. 3a. Edizione. Padova. 1949. Padova. 1946.
- BECCARIA, César. *Tratado de los Delitos y de las Penas*. Editorial Porrúa, S. A. México. 1982.
- BECERRA BAUTISTA. *El Poder Constitucional*. Editorial Jus. México. 1945.
- BELING, Ernesto. *El Rector de los Tipos de Delito*. Editorial Reus. Madrid. 1931 y 1949.
- BELING, Ernesto. *Esquema de Derecho Penal*. Editorial Depalma. Argentina. 1944.
- BELING, Ernesto. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Barcelona. 1962.
- BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. Palermo. 1955.
- BETTIOL, Giuseppe. *Derecho Penal*. Parte General. Editorial Temis. Bogotá. 1965.
- BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. Parte Generale. Priulla Editore. Palermo. 1956.
- BETTIOL, Giuseppe. *Manual de Derecho Penal*. Tomo I. Buenos Aires. 1960.
- BINDING, Carlos. *Die Normen und ihre Interpretation*.
- BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. Editrice Priulla. Palermo. 1962.
- CARMIGNANI. *Juris Criminalis Elementa*. Tomo I. Pisa. 1883.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoría General del Delito*. Editorial Argos. Cali. Colombia.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. *Derecho Penal Mexicano*. Tomo I. Antigua Librería Robredo. México. 1945/6.

- CARRARA, Francesco. Programa del Curso de Derecho Criminal. Tomo I. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1944.
- CARRARA, Francesco. Programa del Curso de Derecho Criminal. Volumen I. Editorial Temis. Bogotá. 1965.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, S.A. México. 1967/79/84.
- CATHELIN, Victor. Principios Fundamentales de Derecho Penal. Gustavo Gili Editor. Barcelona. 1911.
- CAVALLO, Vincenzo. El Derecho Penal de la Culpa. (Imprudencia).
- CORREA GARCIA, Sergio. Peligrosidad. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia. Número 1. Volumen I. Enero-marzo de 1983. México, D.F.
- CUELLO CALON, Eugenio. La Moderna Penología. Editorial Bosch, S.A. Barcelona. 1958.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Editorial Bosch. Barcelona. 1953/6/65.
- CHAVEZ PADRON, Martha. El Derecho Agrario en México. 1a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1964.
- DEL ROSAL, Juan. Principios de Derecho Penal Español. Tomo I. Valladolid. 1943.
- DE LA BARRERA Y SOLORZANO, Luis. Punibilidad, Punición y Pena. Sustitutivos y Correctivos de la Pena. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia. Número 1. Volumen I. Enero-marzo de 1983.
- DE LA MADRID HURTADO, Miguel. Elementos de Derecho Constitucional. Instituto de Capacitación Política. Partido Revolucionario Institucional. México. 1982.
- DELITALIA, Giacomo. Contributio alla Nozione del Reato. Rivista Italiana per la Scienza Giurichì. Italia. 1926.
- FERRER SAMA, Antonio. Comentarios al Código Penal. Tomo I. Murcia. 1946/47.
- FERRI, Enrico. Principios de Derecho Criminal. Editorial Reus. Madrid. 1953.
- FERRI, Enrico. Principii di Diritto Criminale. Unione Tipografica Editrice Torinese. Turín. 1928.
- FERRI, Enrico. I Nuovi Orizzonti del Diritto e della Procedura Penale. Zanichelli. Bologna. 1884.
- FINGER. Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Berlín, 1904.
- FIORETTI Y ZERBOGLIO. Sobre la Legítima Defensa. Editorial Reus. Madrid. 1926.
- FONDIAN BALESTRA, Carlos. El Elemento Subjetivo del Delito. Depalma Editores. Buenos Aires. 1957.
- FONDIAN BALESTRA, Carlos. Misión de Garantía del Derecho Penal. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1950.
- FONDIAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. Introducción y Parte General. 3a. edición. Abelardo-Perrot. Buenos Aires. 1957.
- FLORIAN, Eugenio. Parte General del Derecho Penal. Tomo I. La Habana. 1929.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo S. El Derecho Romano Privado. Editorial Esfinge. México. 1974.
- FRANCO GUZMAN, Ricardo. Delito e Injusto. México. 1956.
- FRANCO GUZMAN, Ricardo. La Subjetividad en la Ilícitud. Editorial Cajica. México 1959.

- FRANK, Reinhart. *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Editorial Universitaria, S.A. Santiago. 1965.
- FRANK, Reinhart. *Vorstellung und Wille Zeitschrift für Gesante Strafeh Swiss enschaft*. Volumen X.
- FRANK, Reinhart. *Über die Aufbau des Schuldbegriffs*. Munich. 1907.
- FROMM, Erick. *El Corazón del Hombre*. Colección Popular. Fondo de Cultura Económica. México. 1986.
- FIENRO, Guillermo Julio. *Teoría de la Participación Criminal*. Ediar. Buenos Aires. 1964.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa S.A. México. 1958.
- GAROFALO, Rafael. *Criminología*. Madrid. 1912.
- GIMBERNART ORDEIG, Enrique. *¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídico-Penal? Problemas Actuales de Derecho Penal y Procesal*. Salamanca. 1971.
- GIMELLI. *Introduzione alla Psicologia*. Giufre. Milano. 1954.
- GOLDSCHMIDT, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1939.
- GONZALEZ A. ALPUCHE. *El Crepúsculo de la Doctrina Positiva del Derecho Penal*. Imprenta Universitaria. México. 1952.
- GONZALES ROURA, Octavio. *Derecho Penal*. Tomo 1. Buenos Aires. 1925.
- GONZALES ROURA, Octavio. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Abeledo Editor. Buenos Aires. 1922.
- GRAF ZU DORNA, Alexander. *La Ilícitud*. Editorial Cajica. México. 1959.
- GRAF ZU DORNA, Alexander. *La Estructura de la Teoría del Delito*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1958.
- GRISPIGNI, Filippo. *Diritto Penale Italiano*. Tomo I. Milano. 1947.
- GRUPO LIONES DE ESTUDIOS MEDICOS, FILOSOFICOS Y JURIDICOS. *El Culpable. ¿Es un Enfermo o un Pecador?* Editorial Descleé de Brower. Buenos Aires. 1952.
- HAUS. *Principii Generali di Diritto Penale*. Tomo I. Napoli. 1877.
- HEGEL, Federico. *Lineamientos Elementales de la Filosofía del Derecho*. Editorial Claridad. Buenos Aires. 1937.
- HERRERA Y LASSO. *Estudios Constitucionales*. Segunda Parte. Editorial Jus. México. 1964.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentarios ao Código Penal*. Parte General. Volumen I. Tomo I. Rio de Janeiro. 1958.
- ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. *Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida*. Editorial Trillas. México. 1982.
- ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. *Contenido de las Normas Penales*. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia. Número 1. Volumen I. Enero-marzo de 1983. México, D.F.
- ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga y RAMIREZ HERNANDEZ, Elpidio. *El error en el Modelo Lógico de Derecho Penal*. Revista de Derecho Penal Contemporáneo.
- JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Volumen Primero. Bosch. Casa Editorial. Barcelona. 1980.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. *La Ley y el Delito*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. 1978/80. Editorial Temis. Bogotá. 1954.

- JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1957. Tomo III. Editorial Losada. Buenos Aires. 1957/8. Tomo IV. Buenos Aires. 1952/3. Tomo V. Buenos Aires. 1954.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. *Panorama del Delito*. Imprenta Universitaria. México. 1950.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. *La Conducta Humana*. Revista Criminalia.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. *La Antijuridicidad*. Imprenta Universitaria. México. 1952.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. *La Tipicidad*. Editorial Porrúa, S.A. México.
- KANT, Emanuel. *Jus Necessitatis*. IX. Editorial Rosenkraz.
- KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 1982.
- KELSEN, Hans. *Haupt Probleme der Staatsrecht* Libre. Tubinga. 1923.
- LOPEZ-REY ARROJO, Manuel. *Proyecto Oficial del Código Penal*. La Paz. Bolivia. 1943.
- LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Madrid. 1927/55.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá. 1954/64. Tomo II. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1954.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Volumen I. Buenos Aires. 1948.
- MANZINI, Vincenzo. *El Problema de la Integración de las Lagunas de la Ley*. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Tomo IX. México. 1947.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1948. Tomo III. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1958.
- MARQUEZ PINERO, Rafael. *Derecho Penal*. Parte General. Editorial Trillas. México. 1986.
- MARQUEZ PINERO, Rafael. *El Tipo Penal*. UNAM. 1986.
- MARTINEZ PAZ E. *Filosofía del Derecho*. Libro Primero. Primera Parte.
- MASAVEU. *Nuevo Derecho Penal*. Madrid, 1929.
- MASSARI, Edoardo. *Le Dottrine Generale del Diritto Penale*. Sine Dato.
- MASSARI, Edoardo. *El Momento Ejecutivo del Delito*. Sine Dato.
- MASSARI, Edoardo. *Il Momento Esecutivo del Reato*. Sine Dato.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Ediciones Ariel. Barcelona. 1949/62.
- MAURACH, Reinhart. *Tres Conferencias*. Universidad del Externado de Colombia. 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1965. Bogotá. Colombia.
- MEDINA HERNANDEZ, Flor de María. *La Antijuridicidad*. Problema Capital del Derecho. Trabajo de Investigación. Concurso Internacional de Investigación Jurídico-Penal del Estado de Durango. México. 1984.
- MEDINA HERNANDEZ, Flor de María. *El Derecho*. ¿Es una Ciencia o un Arte? Tesis del Curso de Metodología Jurídica. Cursos de Doctorado en Derecho. División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1987.
- MEDINA HERNANDEZ, Flor de María. *La Ley Penal*. Producto de la Razón Humana. Tesis del Curso de Teoría General de la Ley Penal. Cursos de Especialización en Ciencias Penales. División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho. UNAM. México. 1985.

- MEDINA HERNANDEZ, Flor de María. *La Función del Derecho Penal como Protección a los Bienes Jurídicos*. Tesis del Curso de Teoría General de los Presu- puestos y Elementos Típicos. Cursos de Especialización en Ciencias Penales. División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho. UNAM. 1985.
- MEDINA HERNANDEZ, FLOR DE María. *Hacia un Estudio Técnico y Legislativo del Delito Preintencional*. Tesis del Curso de Teoría General de la Culpabilidad. Cursos de Especialización de Ciencias Penales. División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho. UNAM. 1985.
- MEDINA HERNANDEZ, Flor de María. *Hacia un Estudio Integral de la Culpabilidad y su Aspecto Negativo*. (Doctrina, Legislación y Jurisprudencia). Tesis de Licenciatura. Seminario de Derecho Penal. Facultad de Derecho. UNAM. 1984.
- MEDINA HERNANDEZ, Flor de María. *¿Qué Hace la Justicia Penal por los Inimputables?* Tesis del Curso de Derechos Especiales de Protección. Cursos de Doctorado en Derecho. División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho. UNAM. 1987.
- MENDOZA TROCENIS, José Rafael. *Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General. Tomo II*. Empresa El Cojo. Caracas. 1966.
- MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. Fondo de Cultura Económica. México. 1980.
- MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal. Tomo I. 2a. edición*. Madrid. 1946. Tomo II. Madrid. 1935/46. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1955/56.
- MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal. Parte General*. Libro de Estudio. Buenos Aires. 1958.
- MIR PUIG, Santiago. *Dogmática Creadora y Política Criminal*. *Reveu Internationale de Droit Penal*. Número 1. 1978.
- MIRA Y LOPEZ, Emilio. *Manual de Psicología Jurídica*. Librería. El Ateneo Editorial. Argentina. 1961.
- MORENO HERNANDEZ, Moisés. *Consideraciones Dogmáticas y Político-Criminales en Torno a la Culpabilidad*. *Revista Mexicana de Justicia*. Ponencia. Número 1. Volumen I. Enero-marzo de 1983. México, D.F.
- MUNEZ, Ricardo. *Prólogo a la Concepción Normativa de la Culpabilidad de GOLD-SCHMIDT*. Editorial Dopalma. Buenos Aires. 1943.
- MUNEZ, Ricardo. *Derecho Penal. Tomo II*. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1966.
- MUNEZ, Ricardo. *Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Parte General*. Lerner Ediciones. Buenos Aires. 1964.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1960.
- OVILLA MANRIJANO, Manuel. *Teoría del Derecho*. 3a. edición. México. 1978.
- PANNAIN, Remo. *Manuale di Diritto Penale*. Milano. 1955.
- PANNAIN, Remo. *Diritto Penale. Tomo II*. Roma. 1942.
- PANNAIN, Remo. *Manuale di Diritto Penale*. Editorial E.T.E.T. Torino. 1950.
- PAOLI. *Il Diritto Penale Italiano. Tomo I*. Padova. 1936.
- PAVON VASCOQUELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1974.
- PEREZ, Luis Carlos. *Derecho Penal. Tomo I*. Editorial Temis. Bogotá. 1981.
- PEREZ GALAS. *Derecho y Organización Social de los Mayas*. Editorial Diana. México. 1983.

- PETROCELLI, Biagio. *La Anti-juridicidad*. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1963.
- PETROCELLI, Biagio. *Principii di Diritto Penale*. Tomo I. Napoli. 1950.
- PETROCELLI, Biagio. *Pericolosità e Antigjuricitá*. Rivista Italiana di Diritto Penitenziario. 1937.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Apuntamientos de La Parte General de Derecho Penal*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1979/82.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *Programa de La Parte General de Derecho Penal*. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1968.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. *La importancia de la Dogmática Jurídico-Penal*. Gráfica Panamericana, S. de R.L. México. 1954.
- RANNIERI, Silvio. *Diritto Penale*. Milano. 1942.
- RANNIERI, Silvio. *Manuale di Diritto Penale*. Volumen I. Casa Editrice. Antonio Milani. Padova. 1946.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de La Lengua Española*. Editorial Espasa-Calpe. Madrid. 1970.
- RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1974.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. *Derecho Penal Colombiano*. Parte General. Publicaciones de la Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 1964.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. *La Culpabilidad*. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 1982.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. *Derecho Penal*. Parte General. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá. 1984.
- RIGHI, Esteban. *Medidas de Seguridad*. Descripción Legal, Aplicación Judicial y Ejecución. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia. Número 1. Volumen I. Enero-marzo de 1983. México, D.F.
- RODRIGUEZ DEVESA. *Derecho Penal Español*. Parte General. Madrid. 1876.
- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. *Criminología*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1978.
- RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo. *Problemas de la Teoría del Delito*. Valor Funcional de la Tipicidad. Editorial Revista de Derecho Privado.
- RODRIGUEZ RAMOS, Luis. *Criterios Políticos y Técnicos para la Creación y Abrogación de los Normas Penales*. Ponencia. Revista Mexicana de Justicia. Número 1. Volumen I. Enero-marzo de 1983. México, D.F.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social*. Primera edición. M. Porrúa, S.A. México. 1980.
- ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal*. Editorial Reus. Madrid. 1981.
- ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Editorial Bosch. Barcelona. 1972.
- ROXIN, Claus. *Problemas Básicos de Derecho Penal*. Editorial Reus. Madrid. 1976.
- SANTARIELLO. *Manuale di Diritto Penale*. Milano. 1957.
- SAUER, Guillermo. *Derecho Penal*. Barcelona. 1956.
- SCARPELLI, Uberto. *Cosí é il Positivismo Giuridico*. Edizioni di Comunità. Milano. 1965.
- SICO, Luis Pablo. *La Defensa Justa*. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 1949.

- SKINNER, B. F. *Beyond Freedom & Dignity. Más allá de la Libertad y la Dignidad*. Editorial Fontanella. Barcelona. 1980.
- SOLER, Sebastián. *La Raíz de la Culpabilidad*. Cursillo. 30 de julio y 1 de agosto de 1945. Facultad de Ciencias Sociales. Montevideo. 1945.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Tomo I. Buenos Aires. 1949.
- TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *El Derecho y la Ciencia del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.
- TAYLOR, WALTON Y YOUNG. *Nueva Criminología*. Editorial Siglo XXI. México. 1977.
- TENA RAMIREZ, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1958.
- VELA TREVINO, Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad*. Editorial Trillas. México 1977.
- VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa, S.A. México. 1960.
- VILLARREAL MORO, Eduardo. *La Dogmática Penal*. Ponencia. Sine Dato.
- VON BURI. *Stato di Necessit e Leggitima Difesa*. Scuola Positiva. Sine Dato.
- WESSELS, Johannes. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1980.
- WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Ediciones Ariel. Barcelona. 1954.
- WELZEL, Hans. *La Teoría de la Acción Finalista*. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1951.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Depalma Editor. Buenos Aires. 1956
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1970.

ADENDA.

UN PROYECTO DE LEGISLACION.

"Estamos conscientes de que la reforma jurídica es insuficiente; debe verse correspondida en la realidad con la comprensión y el trabajo de los servidores públicos y de los particulares, en sus respectivos campos de actuación, con un elevado objetivo común."

MIGUEL DE LA MADRID BURTADO

Ofrezco un Proyecto de Legislación Penal en el momento en que se hace preciso un cambio radical que acabe de tajo con los vicios añejos en materia de procuración y administración de justicia en el área de la punición y no solamente una atenuante, que motiva "parchar" el código vigente.

Los postulados que pretenden seguir con las antiguas disputas sobre los fines de la ciencia jurídico-penal y de las penas, han quedado en entredicho, al comprobar que en la realidad el índice de la delincuencia no ha disminuido ni un ápice sino, por el contrario, va en aumento y a pasos agigantados.

La política pre y post-delictiva es un aspecto muy distinto a lo que realmente es la delincuencia y el combate efectivo de los delitos, solamente puede ser logrado mediante la adecuada investigación y el juicio justo, que se complementan con la equitativa imposición y ejecución de sanciones.

Ya pasó de moda aquello de que la pena solamente era un castigo y que siempre debería ser impuesta la privación de la libertad y ser cumplida sin más; ahora las tendencias modernas deben considerar que las sanciones penales abarcan penas, medidas y beneficios y tienden a rehabilitar.

En el momento en que elaboré este Proyecto, tuve presentes los derechos de los delinquentes, aunque no con una actitud "paternalista" mal entendida, sino considerando fundamentalmente aquellos de que todos los seres humanos gozan y que deben ser respetados por las autoridades.

Como todas las leyes secundarias, su base legal de garantía lo es la CPEUM; cada una de sus previsiones normativas encontrarán su esencia y su fin en una expresión de derecho legalmente tutelada. Su fundamento de legitimidad procuré encontrarlo en las necesidades de la sociedad.

Su basamento fundamental en el aspecto doctrinario lo es el sintcretismo penal, una nueva teoría que fue estructurada por mí. Lógicamente, tiene ideas frescas, aunque no es innovadora en esencia, sino en grado y además pretende garantizar los derechos de los procesados y de los ofendidos.

Con todas las fallas y aciertos que pudiere tener, considerando que es la primera vez que elaboro un Proyecto de Ley y que intervino en él una sola persona, lo brindo en pos de una verdadera justicia penal y pro de nuevos parámetros para nuestra ciencia, en la totalidad de sus aspectos.

Es mi deber aclararles que para redactar cada disposición de este Proyecto, procuré no tomar como modelo legislación alguna, mi única guía lo fue el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, vigente desde 1931.

Obviamente, se dejará entrever la influencia decisiva que en mi formación jurídico-penal han tenido diversos autores mexicanos y extranjeros, aunque no adopté a ciegas criterio alguno de los que han sido utilizados en otros proyectos, sino que los razoné y en ocasiones, los modifiqué.

Otros de los pensamientos que me sirvieron como orientadores, lo fueron los de WELZEL y MALINACH, con sus postulados acerca de cada uno de los elementos del delito y su tendencia finalista, que es el sistema al que deseo afiliarme.

Este, aunque es un Proyecto de Ley Penal elaborado en poco tiempo y por una sola persona, es el producto de serias reflexiones que hago desde hace varios años, estudios a consciencia, horas de renuncia a muchos placeres y planteamientos bien meditados, no así del azar y de la prisa.

(A) LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

"Si las cosas que valen la pena fueran fáciles, cualquiera las haría.
DOMINIO PÚBLICO.

(216) LAS RAZONES.

Para la elaboración del Proyecto de Legislación Penal que presento, tomé como su base de legitimidad las siguientes

R A Z O N E S :

(217) HISTÓRICAS Y SOCIALES.

Los avances científicos influyen a todas las áreas del quehacer humano. Este trabajo tiene que ser constantemente renovado, para que nos sirva de evidencia del desarrollo de la cultura general y productiva que, con un objetivo común de espíritu elevado, forja hombres verdaderos y redonda en beneficios para el núcleo social.

La discusión acerca de si el "derecho" es o no una ciencia, resulta fastidiosa y solamente ha servido para perder el tiempo, ya que lo jurídico debió ganarse a pulso su rango de científicidad. Estimo que ya nos es posible hablar de una verdadera ciencia jurídico-penal, con las características propias de una disciplina especulativa.

Una evolución histórico-social hace preciso que los postulados científicos jurídicos cambien conforme se transforma la humanidad, para no quedar a la zaga del desenvolvimiento del hombre y que pueda notarse su operancia en el momento en que se dediquen a regular la conducta de los integrantes del núcleo en el que habrán de regir.

Al original Código punitivo de 1931 sólo le queda le fecha de su expedición, alguna lagunas, los errores y absurdos que continen siempre y un mal recuerdo, ya que nunca estuvo a la altura de las necesidades sociales. Ahora quedó convertido en una mezcla de doctrinas, sin que pueda decirse que tiene una tendencia bien definida.

El tiempo histórico y los resultados en la sociedad nos demuestran que sus creadores no fueron precisamente unos peritos jurídicos y que tampoco poseyeron una visión muy exacta de lo que son la justicia distributiva y la equidad. mucha protección para los delincuentes, pero ¿en dónde quedaron los derechos de los ofendidos?

Es un sinnúmero de críticas negativas el que me sirve de base para fundamentar mi decisión de presentar un Proyecto que puede no estar exento de errores y absurdos, aunque en él procure reparar, si no del todo, de alguna manera las injusticias que son el pan cotidiano en la procuración y la administración de justicia penal.

Son razones históricas y sociales que todos los que estamos imbuidos en esto, conocemos y que los que se encuentran afuera, sufren. Intento, no sé si con buen éxito, soslayar las lagunas legales y la falta de interés en la lucha social para juzgar a los delincuentes y para compensar a quienes fueron víctimas de su mal proceder.

Ofrezco proposiciones concretas, que no sé si sean erradas o no, ya se me juzgarán en el momento que pueda obtener algunos resultados positivos. Me basta con que, por lo menos, la gente medite en forma consciente acerca de poner en vigor un catálogo de normas penales que sea diferente al que sin razón ha predominado en México.

Si hay algo a lo que le debemos la pervivencia de una legislación penal obsoleta, es a la falta de un criterio consciente con interés social, por parte de los integrantes del núcleo y a su apatía ante el problema porque, no lo tenían en cuenta, sino hasta el momento en que se convierten en sujetos pasivos de una relación procesal-penal.

Los mismos hombres se han olvidado de que la conservación del statu quo del grupo es su responsabilidad. Si las instituciones sociales son el producto de la razón humana, tienen que ser perfectibles y de cada uno de los individuos depende hacer de ellas, instrumentos efectivos y no dejar vigentes a las que conculcan sus derechos.

No soy reaccionaria, no pertenezco a tendencias socialistas o comunistas conocidas, ni mucho más. Me interesa únicamente la creación de una sociedad digna, que es lo menos que merece el hombre, si es que él mismo se considera merecedor de algunos derechos y quiere salvaguardar la garantía de expresarlos en un estado de derecho.

Los valores que una vez dieron origen a la sociedad, tienen que resurgir en la consciencia de sus integrantes, para que el núcleo logre subsistir en las condiciones que exige su esencia, para procurar su seguridad jurídica, porque es muy necesario que siempre tengamos bien presente que el hombre y la sociedad son las mejores obras de la creación.

(218) POLITICAS Y ECONOMICAS.

También el estado es un producto de la inteligencia del ser político, establecido con el fin de otorgarle la rectoría de la sociedad y que le procure la satisfacción de sus necesidades y nunca en su perjuicio. El estado se creó para servir a los fines del individuo y no a la inversa, como se estima.

Es por ello que los tutores sociales deben tener en su mira el establecimiento de políticas adecuadas para la consecución de esos fines y darles un carácter común, que a la vez atienda a lo individual. Una de las necesidades sociales es muy sencilla es la política de prevención, tratamiento y cobate de la delincuencia.

La tendencia estatal que actualmente impera en ese orden, nos resulta ineficaz en las tres esferas. Ello se nota en el incremento desproporcionado de la delincuencia, de la reincidencia, de la impunidad y de la sobrepoblación en las instituciones carcelarias, que son la causa de un descontento que se ha generalizado.

Surge la necesidad de un cambio tajante e integral en la política punitiva, por el bienestar de los individuos, de la sociedad y del mismo estado que, al parecer, ha dejado de preocuparse por sus tutelados, que fueron quienes lo hicieron hacer a la vida social y a los cuales les debe lealtad y protección.

Ya sé que no van a decir que la situación económica por la que atraviesa el país, no permite que nos pongamos a intentar el establecimiento de nuevas políticas en orden alguno, que las ideas innovadoras se encuentran limitadas por la economía estatal, o bien que debemos dejar la resolución del problema para una época más feliz.

Aunque yo contestaré que me parece mejor hacer el gasto y experimentar con deseos de triunfar, que seguir subsidiando los múltiples errores en materia de procuración y administración de justicia penal que, a la larga, nos han resultado muchísimo más caros y que han traído aparejado el descontento social.

Los errores que no queremos remediar los estamos pagando y no solamente con los fondos del erario público sino también y fundamentalmente, en perjuicio de la dignidad humana de los delinquentes y de los ofendidos que, a todas luces, es muchísimo más perjudicial o injusto para la salud social y reafirma que el hombre es el lobo del hombre.

Estos problemas latén en la vida social y además de ser de instituciones, son de personas. No obstante de que algunos institutos jurídicos y administrativos son inoperantes en la práctica, los servidores públicos terminan por perderse en el poder y con ello, están aniquilando los valores que nos sostienen.

Yo no me aboqué a una política predelictiva, sino auno de los supuestos que tienen mayor actualidad e importancia, que es el de realizar el proceso de la valoración jurídica, en el cual vamos a determinar la existencia del delito y de la responsabilidad, como prevención especial, porque el mantenimiento de los centros de reclusión es muy caro.

El estudio de la pre-delincuencia es una situación muy problemática, que les corresponde resolver a las tendencias criminológicas. Yo intento soslayar un hecho a posteriori, los apriorismos los dejo de lado y lo hago a propósito, ya que me interesa hacer el análisis de lo que ha pasado y no de lo que pueda suceder.

Los criminólogos en todas sus áreas, son los indicados para buscar el fundamento de una buena política pre-delictiva, para todas aquellas conductas antisociales que el catálogo de la normatividad jurídico-penal quiera tipificar, porque ellos estudian las causas de lo causado, remontándose a lo histórico en todas sus facetas.

A la ciencia jurídico-penal y a la normatividad le interesa la actualidad, lo que vemos en el presente. Desde luego, el tratamiento de los delincuentes debe ser el mismo que el de cualquier ser humano que ha fallado, objeto que desde siempre ha estado presente en el pensamiento y en los objetivos de nuestra disciplina.

(219) TÉCNICAS Y PRÁCTICAS.

¡Qué panorama tan desolador nos encontramos al acudir a un centro de procuración o administración de justicia penal!, aunque tan sólo sea como espectadores y si uno es el presunto delincuente, ¡ni se diga más! porque en realidad se convierte en el sujeto pasivo de la relación procesal y tiene que soportar todo y de todo.

No es concebible que a una persona que ha tenido una falla en su comportamiento social se encargue de criticarlo, cuestionarlo y juzgarlo otra que, además, está fallando en su conducta profesional. Sólo puede ser buen juzgador quien obra bien y no aquél que se vale de su encargo para cometer todo tipo de vejaciones.

La práctica penal en los foros llena de indignación y descontento a cualquiera que tenga sangre en las venas y ello ha motivado que muchas de las personas que nos dedicamos al estudio de lo jurídico-penal en el ámbito de la cientificidad, nos desilusionemos; lo bueno es que algunos lo hacen para proponer mejoras y brindar resoluciones concretas.

Es increíble y desquiciante ver que en los lugares en donde es realizada nuestra profesión, impera una técnica personal para hacer de la "pillería" un arte. Lo único que les ha importado a quienes procuran y administran ¿justicia?, es amoldar las leyes a su propio beneficio y no en favor de los delincuentes y de los ofendidos.

El procedimiento de la valoración jurídica del delito y de la responsabilidad debe ser realizado con principios técnicos, de lo más definido y sencillo que sea posible. A los pseudo-penalistas les da pereza pensar, a no ser que lo hagan para obtener una ganancia personal y hay que darles todo muy desglosado.

Sencillez no significa inutilidad, por lo contrario, lo sencillo es lo que nos resulta más útil, por su carencia de rebuscamientos que induzcan al error y a la torpeza. No debe haber lugar para que sean propiciados los "timistiquis" jurídicos, con el fin de que podamos evitar las tentaciones hacia la corruptela.

Así es que, he procurado una sencillez absoluta en mi tarea de reestructurar lo jurídico-penal y ofrezco una técnica creada por mí, para que pueda servir en la práctica y redunde en resultados favorables para todos los sujetos que se vean implicados en una relación procesal-penal, cualquiera que sea su personalidad.

Hay técnica en la estructura de mi Proyecto, en la ubicación de sus normas, en su lenguaje y en todo su contenido. Es sencillo, para que cualquiera lo entienda y no solamente los profesionistas jurídicos. No sé si la técnica que empleo resulte muy buena o bastante mala, lo que sí puedo afirmar es su diferencia y sencillez.

Mi técnica y su práctica están basadas en las observaciones y en los estudios científicos del área jurídico-penal de algunos años atrás, no es toda una vida, porque aún me falta mucho por experimentar y conocer y espero vivirlo. No encontré una sola razón poderosa para separar la técnica, la práctica y la ciencia.

Hay quienes piensan que van a llegar a aprender a una de las agencias ministeriales o a algún juzgado de lo penal; se les olvida que para eso están las escuelas y que a los foros se llega a poner en práctica lo que uno aprendió en las facultades porque, si no, es mejor que se regresen al jardín de niños.

La técnica que pretendo emplear, ha sido obtenida de lo que he observado en mi práctica como estudiante y estudiosa de la ciencia jurídica, como abogada postulante, Agente del Ministerio Público, proyectista de sentencias y como espectadora del drama penal, tratando de conocer y realizar todas las tareas que me fue posible, para adquirir experiencias nuevas.

Nunca he jugado un roll como procesada u ofendida del delito, aunque me imaginé cómo me gustaría ser tratada en el caso de que me tocara vivirlo, porque no hay algo que nos haga perder nuestra calidad de seres humanos dignos y ante todo, nos merecemos el respeto a nuestras expresiones fundamentales de derecho.

(220) DIDÁCTICAS Y DOGMÁTICAS.

¡Sí es cierto!, lo jurídico-penal es una ciencia de dogmas y esto no es motivo de vergüenza sino, por el contrario, de orgullo. Nos permite entender la importancia que adquieren los principios que la sustentan y que son aplicados en la práctica forense cotidiana. ¡DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL!, es una expresión que suena bonito.

El título nos enorgullece, aunque también nos liga al compromiso de procurar una óptima estructura en la creación de cada uno de los postulados penales, para hacer de ellos un cúmulo de verdades ciertas e indiscutibles, que es en lo que los dogmas consisten e intentar que tengan el menor número de fallas posible.

La tarea del pre-legislador es durísima, sobre todo, porque no me considero la persona con los más elevados principios morales, como para decirle a los demás qué es lo que deben y qué no deben hacer y porque no estoy exenta de fallar en mi conducta social. Aunque sí estoy bien definida y además, traté de ejercitar mi conciencia.

Como nadie tiene la posibilidad de asegurar que jamás va a cometer un delito, me curo en salud, y procuré buscar la medicina más eficaz y menos dolorosa; así, si me llevo a ver implicada en una relación procesal-penal y soy juzgada con mis normas, no tendré que lamentarme y sabré qué es lo que deberé esperar como sujeto activo o pasivo.

No solamente me interesa establecer una buena política delictiva para que los delitos y la responsabilidad sean integrados en forma adecuada, también pugno porque el estudio de mi ciencia se vuelva fácil y placentero, para que atraiga a más personas y que dediquen su interés a buscarle resolución a los problemas que nos presenta.

Me motiva y apasiona el estudio de la ciencia jurídico-penal y me gustaría que a todos los que se dedican a ella les pasara lo mismo; que de verdad las nuevas generaciones de las escuelas de derecho sientan vocación auténtica por ejercerla y que cualquiera pueda entender el quid de las disposiciones que le sirven de sustento en la teoría y en la práctica.

Un catálogo de normas de cualquier naturaleza debe ser captado y comprendido por todos las personas que lo abran y lo lean. La ciencia jurídica en todas sus áreas y en todos sus aspectos debe ser lo más sencilla posible, para poder salir del obscurantismo; eso puede lograrse, dado que es una creación del hombre y es perfectible.

¡Qué bello sería que todas las personas que están encargadas de dirigir una relación procesal-penal en cualesquiera de sus fases, se dedicaran al estudio consciente de lo jurídico y que se mantuvieran actualizadas! Sé que todo esto redundaría en beneficios para los delincuentes y sobre todo, para los ofendidos.

Bien sé que el establecimiento de una nueva doctrina jurídico-penal llevaría a muchos a la ruina moral y económica. ¿Qué podrían hacer quienes basan su economía y su estabilidad en estudios que resultan obsoletos, si la mayoría después de haber obtenido un título cree saberlo todo y no vuelve a abrir un libro, si no es por equivocación?

Y ¿qué vale más, pensar en uno mismo o en el bienestar común? Ponerse a la par de las necesidades del grupo social es un deber que emana del espíritu de comunidad que le sirve de sustento a cada una de las normas jurídico-penales y quien diga que posee un poco de interés social, no debe ser egoísta co sus semejantes.

La pugna por un orden jurídico que responda a las necesidades sociales, es una obligación que no solamente le corresponde al estado, como tutor del grupo, sino a cada uno de los integrantes del núcleo porque redundan en un beneficio para todos, propugna la permanencia del orden social y en ello va nuestra seguridad.

Hasta aquí, hice de mi Exposición de Motivos una cuestión que más bien es homonal, aunque procuré que cada uno de mis planteamientos estuviera bien fundamentado, meditado y pudiese ser comprendido. Ahora, es necesario que entre en un aspecto racional, alejándome de mis emociones y otorgando a cada disposición un basamento de legitimidad.

(B) LA OBRA.

Ahora voy a entrar de lleno a lo que propiamente corresponde a la Exposición de Motivos de cada uno de los artículos que componen el Proyecto, que debe ser considerada como una de las formas de llegar a la integración e interpretación de las disposiciones normativas que componen al CATALOGO DE NORMAS PENALES PARA LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

(221) LA DENOMINACION DEL PROYECTO.

Lo llamo CATALOGO, por la idea que expresa el término de que lo que aquí se contiene habrá de conformarse o adecuarse a la realidad o a la inversa. Quiero que en la práctica se de la identidad de los hechos con cada uno de los principios que en los artículos que lo integran están expresados en forma de parámetros de normatividad.

Es de NORMAS, porque contiene una serie de imperativos categóricos para regular la conducta de todos los integrantes del grupo social, tanto en el sector privado, como en el de los servidores públicos que llevan a cabo el proceso de la valoración jurídica del delito y de la responsabilidad en la relación procesal-penal.

Son de naturaleza PENAL, en el entendido de que son los frutos de estudios científicos acerca de todas y cada una de las cuestiones jurídico-punitivas, que han sido expresados a través de esas normas. El adjetivo calificativo obedece a la esencia de las disposiciones con la cuales ha quedado compuesto este Catálogo de Normas.

Desde luego, van a tener vigencia en el territorio de los ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (eso es lo que pretendo) y con esta última expresión queda completo su nombre; ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (eso es lo que pretendo) y con esta última expresión queda completo su nombre; CATALOGO DE NORMAS PENALES PARA LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Intento establecer un código único o tipo, es por ello que no lo circunscribí al Distrito Federal.

Más bien, me gustaría que fuese un Catálogo de Normas Jurídico-penales único, mas no puedo olvidarme de la facultad constitucional que le es otorgada a cada uno de los estados integrantes de la Federación de legislar en materia penal; así es que me conformo con el hecho de que tomen como modelo los aspectos buenos que en él pudieran hallar.

También me sirvió como guía la denominación de nuestra Carta Magna, ya que todos sus fundamentos procuré encontrarlos en las disposiciones constitucionales. Intento el principio de garantía a los derechos individuales inherentes a nuestra materia, que en ella se prevén. Además, atiendo a mi pretensión de innovar en todos los aspectos.

Atenta a este deseo, traté de encontrar sinónimos de los términos que comúnmente son utilizados y que me ayudarán a brindar una idea más precisa de lo que quiero expresar. Por ello, utilicé una denominación diferente, que me pareció que era el nombre más adecuado para dársele a este Proyecto.

También he buscado que cada una de las disposiciones que integran este Catálogo quedaran en forma tal, que pudieran ser comprendidas por cualesquiera de las personas que me honren con su lectura y no solamente por los individuos que están relacionados con mi materia. Traté de que este fuera un código para todos.

(223) LAS INNOVACIONES DEL PROYECTO.

A. Todas las disposiciones que en él se encuentran corresponden a las conclusiones obtenidas en la tesis que propongo. Son una consecuencia del sincretismo penal.

B. La denominación de los libros, títulos y capítulos corresponde a la sistemática de la ciencia jurídico-penal.

C. La inclusión en el Libro Primero, Título Primero de algunos principios que sustentan a la Ley Penal, basados en los derechos penales garantizados, separándolos de todos aquellos que pertenecen al proceso.

D. La regulación, lo más precisa posible, de la teoría de la ley penal y la resolución de situaciones problemáticas que se dan en sus ámbitos de aplicación.

E. La separación de los principios que guían los procedimientos de las personas capaces e incapaces de comprensión y/o conducción adecuadas (imputables e inimputables).

F. La enunciación individual de cada uno de los elementos del aspecto positivo del delito y de las hipótesis de su aspecto negativo, para fundamentar el proceso de la valoración jurídica.

G. La bifurcación del proceso de la valoración jurídica del delito y de la responsabilidad, con el fin de hacerlas más precisas.

H. La reafirmación de la importancia de la autoridad ministerial en la investigación del delito.

I. El refuerzo del arbitrio judicial en la valoración del delito y de la responsabilidad y en la individualización e imposición de las sanciones y concesión de los beneficios penales.

J. La fijación precisa de los grados de intervención en el delito.

K. La división de la responsabilidad en penal y social.

L. La reducción en el mínimo de la edad para ser responsable, al máximo posible.

M. Establecimiento de penas y medidas de tratamiento especializado precisas.

N. La inclusión de los beneficio penales para convertir únicamente a la pena privativa de libertad corporal.

O. La precisión de las reglas para individualizar e imponer las sanciones penales, atendiendo a las modalidades del delito.

P. La exclusión de la parte general de todo aquello que pertenece a la especial y a la inversa.

Q. La supresión de todos los aspectos que pertenecen a las áreas procesal-penal y de ejecución de sanciones.

R. El amplio respeto a la dignidad humana de los ofendidos y de los delinquentes, con las reglas necesarias para cumplir con la compensación del daño a los primeros.

S. La inclusión en la parte especial del mayor número de delitos-tipo, para evitar el problema de la concurrencia de tipos penales, que es perjudicial para el delincente.

T. La agrupación de los delitos-tipo en tres categorías fundamentales: En contra de los bienes jurídicos de las personas, de la sociedad y del estado, en ese orden de importancia.

U. La conjunción de los delitos-tipo por familias de bienes jurídicos. Cuando pueda proteger a dos o más valores, fue ubicado en la categoría del más importante.

U. La creación de nuevos delitos, la destipificación de algunos y la regulación más práctica de otros.

V. La redacción de las normas en términos del deber-ser, tratando de evitar la casuística en las conductas, en los resultados y en los medios, hasta en donde me fue posible. Su división en tipo y punibilidad, procurando utilizar un solo artículo para cada delito-tipo.

W. La eliminación de elementos subjetivos del injusto en forma de antijuridicidades especiales tipificadas, cuando me fue posible. La consideración de todas las circunstancias que influyen en la individualización de las sanciones.

X. Cada delito-tipo fue denominado de la manera más propia. A todos conllevan en su punibilidad a la multa, a la compensación del daño y a la suspensión o privación de derechos.

Y. La redacción del Proyecto en los términos más sencillos, de tal manera que todos los puedan entender, no solamente los abogados para sacar provecho de ellos.

Z. La inclusión entre paréntesis de la materia que se encuentra regulada en cada uno de los artículos.

(224) LA ESTRUCTURA DEL PROYECTO.

Mi Proyecto consta de dos libros, con sendos rubros que pertenecen a las partes General y Especial de la ciencia jurídico-penal, respectivamente. Seleccioné los rubros de cada uno, poniendo atención a las materias que se ocupan de regular en sus cuerpos de disposiciones normativas y atendiendo a su denominación doctrinal.

El Libro Primero, DE LA PARTE GENERAL, comprende a todas y a cada una de las normas genéricas que les son aplicables a cualesquier de los delitos tipo que están contenidos en la Parte Especial. Esta es la espina dorsal del Código y sus disposiciones nos sirven para fundamentar el proceso de la valoración jurídico-penal.

El Libro Segundo, DE LA PARTE ESPECIAL, me sirva para incluir en el Proyecto el catálogo de las conductas que han de ser consideradas como delictuosas o formalmente antijurídicas, en delitos-tipo, que están compuestos por un tipo y una punibilidad y de algunas reglas para realizar su valoración jurídica.

El contenido general del CATALOGO DE NORMAS PENALES PARA LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, es el siguiente:

LIBRO PRIMERO. DE LA PARTE GENERAL. TITULO PRIMERO. DE LA LEY PENAL.

Capítulo Primero. De los principios que sustentan a la ley penal.
Capítulo Segundo. Del ámbito de aplicación personal de la ley penal.
Capítulo Tercero. Del ámbito de aplicación especial de la ley penal.
Capítulo Cuarto. Del ámbito de aplicación temporal de la ley penal.

TITULO SEGUNDO. DEL DELITO.

Capítulo Primero. De las generalidades del delito.
Capítulo Segundo. De los elementos del aspecto positivo del delito.
Capítulo Tercero. De las hipótesis del aspecto negativo del delito.

TITULO TERCERO. DE LA RESPONSABILIDAD.

Capítulo Primero. De los grados de intervención en el delito.
Capítulo Segundo. De la responsabilidad en general.
Capítulo Tercero. De la responsabilidad penal.
Capítulo Cuarto. De la responsabilidad social.

TITULO CUARTO DE LAS SANCIONES PENALES.

Capítulo Primero. De las sanciones penales en general.
Capítulo Segundo. De las penas.
Capítulo Tercero. De las medidas de tratamiento especializadas.
Capítulo Cuarto. De los beneficios penales.
Capítulo Quinto. De las reglas para individualizar las sanciones penales.
Capítulo Sexto. De la imposición de las penas.

Capítulo Séptimo. De la imposición de las medidas de tratamiento especializado.
Capítulo Octavo. De las circunstancias generales que influyen en la imposición de las sanciones penales.
Capítulo Noveno. Del otorgamiento de los beneficios penales.
Capítulo Décimo. Del cese de la pretensión punitiva estatal.

LIBRO SEGUNDO. DE LA PARTE ESPECIAL.

TÍTULO PRIMERO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LOS BIENES JURÍDICOS DE LAS PERSONAS.

Capítulo Primero. De los delitos-tipo en contra de la vida y la salud personales.
Capítulo Segundo. De las reglas para los delitos-tipo en contra de la vida y la salud personales.
Capítulo Tercero. De los delitos-tipo en contra de la libertad personal.
Capítulo Cuarto. De los delitos-tipo en contra de la seguridad personal.
Capítulo Quinto. De los delitos-tipo en contra del honor personal.
Capítulo Sexto. De las reglas para los delitos-tipo en contra del honor personal.
Capítulo Séptimo. De los delitos-tipo en contra de la moral y el normal desarrollo biopsicosocial.
Capítulo Octavo. De los delitos-tipo en contra de la posesión y propiedad personales.
Capítulo Noveno. De las reglas para los delitos-tipo en contra de la posesión y propiedad personales.

TÍTULO SEGUNDO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LOS BIENES JURÍDICOS DE LA SOCIEDAD.

Capítulo Primero. De los delitos-tipo en contra de la familia.
Capítulo Segundo. De los delitos-tipo en contra de la vida y la salud sociales.
Capítulo Tercero. De los delitos-tipo en contra de la seguridad social.
Capítulo Cuarto. De los delitos-tipo en contra de la libertad social.
Capítulo Quinto. De los delitos-tipo en contra de la moral social.
Capítulo Sexto. De los delitos-tipo en contra de la procuración y la administración de justicia.
Capítulo Séptimo. De los delitos-tipo en contra de la administración pública.
Capítulo Octavo. De los delitos-tipo en contra del patrimonio de la sociedad.

TÍTULO TERCERO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LOS BIENES JURÍDICOS DEL ESTADO.

Capítulo Primero. De los delitos-tipo en contra de la vida y la salud estatales.
Capítulo Segundo. De las reglas para los delitos-tipo en contra de la vida y la salud estatales.
Capítulo Tercero. De los delitos-tipo en contra del honor del estado.

(225) EL CONTENIDO DEL PROYECTO.

LIBRO PRIMERO.

DE LA PARTE GENERAL.

TITULO PRIMERO. DE LA LEY PENAL.

CAPITULO PRIMERO. DE LOS PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN A LA LEY PENAL.

Fue seleccionado un capítulo especial para regular los principios que sustentan a la ley penal, al considerar que toda ley secundaria debe tener una base constitucional y atendiendo a la serie de derechos que deben ser garantizados en la materia punitiva y separándolos de aquellos que pertenecen al procedimiento.

ART. 1º (PRINCIPIO DE LA MINIMA INTERVENCIÓN). Atendiendo a la idea de que el último recurso que debe emplear el estado es la punición, recordando que es primordial que los delitos-tipo encuentren su base de legitimación en las necesidades y el interés sociales de salvaguardar los bienes jurídicos más importantes, fue redactado este precepto.

(PRINCIPIO DE LA EXACTA DETERMINACION DE LA CONDUCTA DELICTUOSA). Una de las facetas del principio de legalidad lo es la exacta determinación de la conducta delictuosa, aunque nada más par cuanto hace al verbo rector, que determina el apoderamiento, por ejemplo, y no por cuanto hace a los requisitos típicos, que sí pueden ser integrados, con base en los rectores de la hermenéutica jurídica.

ART. 2º (PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL TIPO). El carácter delictuoso de la conducta debe ser determinado con anterioridad a su comisión, para salvaguardar una de las fases del principio de legalidad, recordando que existen delitos en las leyes especiales.

(PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD DE LA PUNIBILIDAD). Cada delito-tipo debe tener delimitada su punibilidad y para su aplicación deben considerarse las reglas para individualizar o imponer las sanciones contenidas en el Catálogo y tomando como presupuesto constitucional la existencia del delito y de la responsabilidad. Garantizados en el artículo 14º de la CPEUM.

ART. 3º (PRINCIPIO DE LA PREVALENCIA DE UNA NORMA ESPECIAL). Las normas penales especiales tienen prevalencia, aunque en lo no previsto por ellas, debe atenderse a las reglas de este Catálogo.

(PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD). Para resolver el conflicto de normas incompatibles entre sí, debe estarse a la que reúna mayores requisitos de especialidad, que en mi concepto es el único que vale, porque brinda una protección.

ART. 4º (PRINCIPIO DE LA INTERPRETACION DE LA LEY). Todas las normas que integran mi Catálogo ofrecen la posibilidad de ser interpretadas, para comprender a la perfección los conceptos que contienen, toda vez de que no elaboré un diccionario para explicar cada uno de los términos que empleo, para ello habrán de seguirse los principios que gobiernan la hermenéutica jurídica.

(PRINCIPIO DE LA INTEGRACION DE LA LEY). Lo mismo rige por cuanto hace a la integración, con la salvedad de que no podrán ser integradas las conductas típicas ni las punibilidades. Entiéndase que conducta típica nada más equivale al verbo rector y que la punibilidad debe ser completada con las indicaciones de la parte general.

ART. 5º (PRINCIPIO DE LA DECISION MAS FAVORABLE). Si por culpa de mis errores de redacción se presentan problemas por la pluriprevisión, la interpretación o la integración, favorezco a la persona procesada, previendo que le sea aplicado el criterio que más le beneficie.

(PRINCIPIO DEL ERROR LEGAL EN NORMAS PENALES ESPECIALES). En cambio, las normas penales especiales deben atender a mis previsiones para estructurarlas y al proceso para valorarlas, si suscitan duda por pluriprevisión, interpretación o integración, debe atenderse a las reglas de este Catálogo; principio que no se contrapone al de prevalencia de la norma especial.

CAPITULO SEGUNDO. DEL AMBITO DE APLICACION PERSONAL DE LA LEY PENAL.

ART. 6º (DIRECCION DE LA LEY PENAL). Si todos los habitantes de la República gozan de derechos legalmente reconocidos, todos tienen el deber de respetar las leyes que se los garantizan. Regulo la conducta de todos con este Catálogo, las distinciones nada más son por cuanto hace a su aplicación.

(AMBITO DE APLICACION PERSONAL). Quedan fuera de la aplicación personal de la ley penal los menores de doce años de edad y los militares (arts. 13º y 18º CPEUM). Requieren de un procedimiento especial las personas que gozan de inviolabilidades, inmunidades, prerrogativas o fuero.

CAPITULO TERCERO. DEL AMBITO DE APLICACION ESPECIAL DE LA LEY PENAL.

ART. 7º (AMBITO DE APLICACION ESPECIAL). La legislación pretende abarcar los fueros común y federal, ser única en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos y regular las actividades ministerial y judicial. (arts. 42º, 43º y 48º CPEUM).

(COMPETENCIA). Las reglas de la competencia son materia de regulación del Catálogo del Procedimiento Penal que ya empiezo a elaborar.

CAPITULO CUARTO. DEL AMBITO DE APLICACION TEMPORAL DE LA LEY PENAL.

ART. 8º (VIGENCIA DE LA LEY PENAL). Establezco la vida de la ley en el cuerpo de normas, eliminando los artículos transitorios y supeditándola a su publicación oficial, a la abrogación o a la derogación.

(IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL). Bajo el término de normas penales, comprendo solamente a las que contiene el Código Penal vigente, respetando la retroactividad de la ley más favorable.

(ULTRACTIVIDAD DE LA LEY PENAL). Preveo la ultractividad de las leyes penales temporales y excepcionales, considerando que es un principio que debe quedar contenido en el Catálogo.

ART. 9º (CONFLICTO DE LEYES POR SUCESION). Todos los conflictos de leyes por sucesión se resuelven atendiendo a la ley más favorable, a la conducta, a su consumación o a la vigencia de la ley, porque en los demás casos ya habrán sido realizadas durante su vida.

(CONFLICTO DE NORMAS EN CASO DE CREACION DE UN DELITO-TIPO). Las únicas conductas que ofrecen problemas en caso de creación de un delito-tipo son las continuadas y las permanentes y a ellas atendi, limitando el tiempo a los seis primeros meses de vigencia de la ley, quedando completa la fórmula.

ART. 10º (CONFLICTO DE NORMAS EN CASO DE SUPRESION DE UN DELITO-TIPO). Aquí atendi a los casos en que la sentencia estuviese pendiente, aclarándoles qué causa debe invocarse para declarar la inexistencia del delito-tipo.

(CONFLICTO DE NORMAS EN CASO DE MODIFICACIONES A UN DELITO-TIPO). En estos supuestos se atiende al principio de la decisión más favorable para la persona procesada.

ART. 11º. (CONFLICTO DE NORMAS EN CASO DE MODIFICACIONES A LA PARTE GENERAL). También preví el conflicto de normas que se origina en el caso de que sean hechas modificaciones a la parte general, aplicándose el principio de la ley más favorable.

(CASOS EN QUE EXISTE SENTENCIA). La revisión, la reducción de sanciones, la amnistía y el indulto, las preveo como beneficios penales que surten efectos, si existe una sentencia en los casos de conflicto de normas; su regulación debe ser hecha en el Catálogo del Procedimiento Penal.

TITULO SEGUNDO. DEL DELITO.

CAPITULO PRIMERO. DE LAS GENERALIDADES DEL DELITO.

ART. 12º (ELEMENTOS DEL ASPECTO POSITIVO DEL DELITO). En lugar de una innecesaria definición del delito, menciono sus elementos constitutivos, que dan lugar a sendos juicios de valoración, sumamente importantes para verificar la existencia del ente jurídico.

ART. 13º (HIPOTESIS DEL ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO). Tan importantes como los elementos del aspecto positivo, son las hipótesis generales que originan la ausencia del delito, puesto que fundamentan la sultura o la absolución del indiciado.

ART. 14º (ORDEN LOGICO-JURIDICO). El aspecto más interesante en la valoración del delito lo es el orden lógico-jurídico preestablecido, ya que permite que no dejemos sin valoración alguno de los aspectos del ente penal.

(ORDEN LOGICO-JURIDICO EN EL ASPECTO NEGATIVO). Es de trascendental importancia, toda vez de que la aparición de una de las hipótesis específicas del aspecto negativo termina con la valoración del ente jurídico-penal, declarando la inexistencia del delito.

CAPITULO SEGUNDO. DE LOS ELEMENTOS DEL ASPECTO POSITIVO DEL DELITO.

ART. 15º (EL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL O CONDUCTA). Enuncio todos los aspectos que deben ser valorados en la conducta, de carácter subjetivo y objetivo, que conforman el primer juicio en que la realidad fáctica se relaciona con el mundo jurídico.

ART. 16º (FORMAS DE MANIFESTACION). Me pareció muy importante determinar las formas en que la voluntad puede ser manifestada al exterior, cuestión que sirve de fundamento a la valoración jurídica del elemento subjetivo-material.

ART. 17º (CONDUCTA). Diferencia entre conducta y hecho, para completar la previsión anterior.

(HECHO). Distinción básica para fundamentar la pena es los delitos omisivos, toda vez que recalco que la conducta omisiva debe ayudar a producir o no evitar el resultado material y no producirlo como continente se afirma.

ART. 18º (VOLUNTAD SIMPLE). Esta es una de las innovaciones de la teoría que sustenta al Proyecto; constituye la base legal para la separación de un juicio justo para los llamados "inimputables", que son aquellas personas que padecen alguna anomalía mental permanente, que las imposibilita para comprender el carácter ilícito de su conducta y/o conducirse de acuerdo con esa comprensión. Estos son dos aspectos distintos, aunque el segundo sea consecuencia del primero, puesto que hay personas que están capacitadas para comprender, pero no pueden conducirse conforme a esa comprensión, como los ciegos sordos, que requieren de medidas de tratamiento especializado.

(ELEMENTOS DE LA VOLUNTAD SIMPLE). La voluntad simple queda integrada nada más con el querer, que es la base de la responsabilidad subjetiva, en materia social. Nadie duda que un incapaz pueda realizar conductas queridas.

ART. 19º (VOLUNTAD CONSCIENTE). La voluntad consciente es el complemento de la simple y la pueden desplegar las personas que tienen capacidad para comprender la ilicitud de su conducta; su poder de conducción será valorado en la reprochabilidad.

(ELEMENTOS DE LA VOLUNTAD CONSCIENTE). Se integra con la previsión, el querer y el entender, aunque la primera pueda faltar en los sujetos desatentos que, de manera alguna, pueden ser considerados como inimputables.

ART. 20º (INTENSION). La intensión es el matiz que se le da a la voluntad (intención), que la teoría tradicional confundió. La pueden desplegar las personas capaces e incapaces y de eso ya no hay duda.

(GRADOS DE INTENSION). Son los tradicionales dolo, culpa y preterintensionalidad.

I. **(DOLO).** Hablo del querer y del aceptar el resultado típico, de las formas relevantes del dolo (directo y eventual), con las cuales pueden obtenerse el dolo específico y el eventual.

II. **(CULPA).** En la culpa la intensión es indirecta y la concepción atendiendo al hecho de que quiere producirse el resultado típico y al incumplimiento del deber general de cuidado.

III. **(PRETERINTENSION).** Siendo una intensión mixta, se define en los términos del dolo y de la culpa, mencionando solamente al dolo directo (querer el resultado).

ART. 21º (RESULTADO). Menciona los aspectos que deben ser tomados en cuenta en el momento en que es valorado el resultado, que son la finalidad, los medios y los logros.

ART. 22º (CONSUMACION). Se explica el momento en que debe tenerse por consumada la conducta, atendiendo al instante en que son integrados todos sus elementos constitutivos en el marco exterior, porque es la base para uno de los grados del delito, que influye en su valoración, para resolver problemas como el conflicto de normas y para imponer las penas.

(TENTATIVA). Es otra de las modalidades del delito, puesto que también va a ser seleccionada lo que se quedó en intento.

ART. 23º (CLASIFICACION DEL DELITO CONSUMADO). Esta es la clasificación del delito, atendiendo al momento de la consumación de la conducta que lo constituye. Me tomé en consideración únicamente las que son más relevantes y de las cuales pueden ser obtenidas las demás.

ART. 24º (CLASES DE TENTATIVA). Corresponde a la clasificación del delito intentado; considerará nada más tres categorías, puesto que en las tentativas acabada e inacabada, englobo al arrepentimiento y al desistimiento, que también deben ser sancionados.

ART. 25º (CLASES DE RESULTADO). Las consideré relevantes para poder establecer la relación entre la conducta y el resultado.

ART. 26º (CONCURSO DE DELITOS). Definí al concurso de delitos y dí las dos modalidades que puede tener, dado que son relevantes para la imposición de las sanciones.

ART. 27º (RELACION ENTRE LA CONDUCTA Y EL RESULTADO). Definí y diferencio las clases de relación que pueden existir entre la conducta y el resultado, que es muy importante para la atribución de los delitos de resultado material, que son producto de una conducta omisiva.

ART. 28º (EL ELEMENTO REGULADOR O TÍPICIDAD). Queda comprendido como la adecuación exacta entre todos y cada uno de los momentos del elemento subjetivo-material o conducta y los componentes de la descripción típica.

(CONCURRENCIA DE TIPOS PENALES). Esta es la base para resolver los problemas de la "conurrencia de normas incompatibles entre sí", en la cual la resolución acertada lo es el principio de especialidad, que resuelve todos los casos.

ART. 29º (EL ELEMENTO VALORATIVO O ANTIJURIDICIDAD). Definí este elemento como la contradicción entre la conducta típica y el deber ser de la norma penal.

(PRINCIPIO DE EXCEPCION-REGLA). Regulé este principio, porque es la forma de concretar la antijuridicidad.

ART. 30º (ELEMENTOS DE LA ANTIJURIDICIDAD). Atendí al deber ser jurídico-penal de la contrariedad de la conducta con sus postulados, para apoyar la justificación de atribuir como propio un resultado material que se ayuda a producir o no evita, con una conducta omisiva.

ART. 31º (POSICION LEGAL DE GARANTIA). Se previó la obligación que es aceptada en forma voluntaria y la que impone la ley.

ART. 32º (EL ELEMENTO NORMATIVO O CULPABILIDAD). La culpabilidad de la conducta típica y antijurídica atiende al reproche, que es el último de sus elementos, sin que sea su equivalente, que da a entender que hubo ejercicio de la libertad al actuar y exigibilidad.

(CAPACES DE CULPABILIDAD). Sólo será considerada como capaz de culpabilidad, la persona que estuvo posibilitada de comprender el carácter ilícito de su conducta y de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en el momento conativo.

ART. 33º (EL ELEMENTO NORMATIVO O TEMIBILIDAD). Esta es la segunda faceta del procedimiento especial para incapaces, que se fundamenta en el temor que el sujeto, por sus características personales y su comportamiento, le inspira a la sociedad.

(CAPACES DE TEMIBILIDAD). Se tienen como capaces de temibilidad a los sujetos que no estuvieron en posibilidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y/o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, debido a una anomalía mental permanente.

ART. 34º (ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD). Se consideraron como elementos de la culpabilidad a: La libertad (motivación normal al delito), la exigibilidad (circunstancias concurrentes normales) y a la reprochabilidad (dominio del hecho).

ART. 35º (GRADUACION DE LA TEMIBILIDAD). La temibilidad debe atender a los dictámenes psiquiátricos, a las circunstancias concurrentes en el delito y a la reacción social, para ser graduada.

ART. 36º (LA FUNCION DEL ELEMENTO NORMATIVO). Equivale al principio de culpabilidad, que se cumple tanto en el proceso de imputables, como en el de inimputables y nos sirve para declarar la existencia del delito y proceder a valorar la responsabilidad.

CAPITULO TERCERO. DE LAS HIPOTESIS DEL ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO.

ART. 37º (AUSENCIA DE CONDUCTA). Procuré regular todas y cada una de las causas que niegan a las formas de manifestación, a la voluntad, a la consciencia, a la intención, al resultado y a la relación entre éstos, tratando de evitar la casuística. Recuerdo que a los incapaces también puede beneficiarse alguna de estas hipótesis, como no sea la inconsciencia, que resulta antitética.

ART. 38º (EXCEPCION A LA AUSENCIA DE CONDUCTA). La conducta libre en su causa no anula al elemento subjetivo-material, con base en que la serie de actos primarios fue realizada con voluntad o intención.
(CONDUCTA LIBRE EN SU CAUSA). La nomenclatura "conducta", porque el término tradicional "acción" es insuficiente. Menciono a la involuntariedad y a la inconsciencia, para abarcar todas las causas que provocan ausencia de conducta, y preveo la situación de que la persona lo prouveo o permita que otro lo haga.

ART. 39º (ATIPICIDAD). Abarco la falta del delito-tipo y de la descripción precisa de la conducta, además de la no adecuación a sus elementos. Trato de evitar los problemas por error legal, como actualmente sucede con el adulterio.

ART. 40º (JUSTIFICACION). Hablo de la justificación y no de las causas de licitud porque la conducta no puede ser ilícita e ilícita a la vez; más bien, en determinados casos es justificada, como cuando la persona que tenga a su cargo el deber pueda ampararse en las previsiones legales.

ART. 41º (NORMAS JUSTIFICATIVAS). Preveo las mismas que normalmente reconocen las legislaciones y la doctrina. Defino cada una, de acuerdo con su esencia, prescindiendo de los requisitos innecesarios, para ampliar el arbitrio judicial.

I. (LEGITIMA DEFENSA). Consideré que en cualquier bien jurídico opera la defensa. Atiendo a la propia, en favor de terceros y al ataque.

II. (ESTADO DE NECESIDAD). Anoté la necesidad y el requisito "de mayor valía", para diferenciarlo del estado de necesidad exculpante.

III. (EJERCICIO DE UN DERECHO). Hablo del ejercicio "debido", para diferenciar a la justificante del delito de ejercicio indebido del propio derecho.

IV. (CUMPLIMIENTO DE UN DEBER). El deber conferido debe ser ejercitado dentro de los cánones legales, aunque el requisito no lo incluí en la redacción, para evitar "antijuridicidades extraordinarias."

V. (IMPEDIMENTO INSUPERABLE). El impedimento para incumplir el deber de la norma debe ser legal e insuperable.

VI. (OBEDECENCIA JERARQUICA). Solamente enuncié a la jerarquía administrativa, otro tipo de superioridad debe ser valorado en la culpabilidad.

VII. (CONSENTIMIENTO). Exijó que el consentimiento lo de el titular de bienes jurídicos disponibles o de la persona que haya sido legitimada por éste, para otorgarlo.

ART. 42º (INCUPLABILIDAD). La única hipótesis que se limita es la que anula el ejercicio de la libertad de actuar, que es la coacción. En la exigibilidad y en la reprochabilidad se deja a criterio del encargado de realizar la valoración, determinar si en el caso concreto debe inculparse o exculparse.

TITULO TERCERO. DE LA RESPONSABILIDAD.

CAPITULO PRIMERO. DE LOS GRADOS DE INTERVENCION EN EL DELITO:

ART. 43º (GRADOS DE INTERVENCION). Cambié las tradicionales denominaciones de "autoría y participación" o "concursos de personas", que tantas confusiones provocan. Las personas no concursan para ver quién es más responsable ni con el papel estelar, todas responden por igual. Por ello, adopté un término que es más propio y que los abarca a todos.

I. (EN ACUERDO O PLAN). Recogí el concierto delictivo en esta fracción; el acuerdo o plan abarca conducta, manera y medios.

II. (EN LA PREPARACION). Los actos preparatorios inequívocos demuestran tendencia delictiva, por ello los regulé, produciendo responsabilidad aunque no haya tentativa o consumación. No es una sanción predictiva, ya que el preparar, ya es poner en peligro los bienes jurídicos y no podemos esperar a que el ataque ya sea inevitable o irreparable.

III. (MEDIATA). No pude evitar la casuística, la usé para prevenir los errores. La mediatez se extiende a cualesquiera de las hipótesis del aspecto negativo del delito, a las excusas absolutorias, a los animales y a los menores de edad; es decir, a todos los casos en que las personas y los animales son utilizados como instrumentos. Esto me permite sacar una figura de la Parte Especial, que regulaba las lesiones causadas por los animales azuzados.

IV. (INTELLECTUAL). Aquí también fue necesaria la casuística; preveo las formas en que una persona puede detriminar a otra.

V. (MATERIAL). No ofrece problemas.

VI. (CONJUNTA). Es la intervención de dos o más personas en la realización de la conducta, en el ejercicio de los medios o en la producción del resultado. Resuelve un problema actual, por ejemplo, en una violación sexual, cuando uno ejerce la violencia y el otro copula.

VII. (COMPLICIDAD). Se diferencia de la anterior, porque en esta el que ayuda a otro, no cumple con los requisitos típicos. Por ejemplo, es el que "echa aguas."

ART. 44º (INTERVENCIÓN SUBSECUENTE). Es la llamada "participación subsecuents"; a su vez se diferencia de la complicidad, ya que aquí la intervención es posterior al delito y exige una promesa anterior.

(COMPLICIDAD CORRELATIVA). Se distingue de la coautoría, en que aquí no puede ser determinado el grado de intervención de cada persona.

ART. 45º (DELITO REMANENTE). Debe haber responsabilidad en el delito remanente, como si hubiese sido realizado en coautoría, cuando se cumpla con alguno de los requisitos que preveo.

(CASO EN QUE HAYA DETERMINACIÓN). Si consta quién produjo el resultado del delito, éste será interventor material y los demás, cómplices.

ART. 46º (EXCEPCIONES AL DELITO REMANENTE). Este es un principio de equidad jurídico-penal, que exenta de responsabilidad en el delito remanente.

ART. 47º (CONSECUENCIAS DE LA INTERVENCIÓN). Para evitar la impunidad y para quienes dicen que planean un homicidio no concretiza el tipo de privar de la vida y no hay por qué sancionar, he previsto que todos los grados de participación produzcan responsabilidad penal o social.

(PUNIBILIDAD). Aunque debe precisarse en qué grado intervino cada persona en el delito, no hay diferencia por cuanto hace a su tratamiento, ya que todos son responsables y hay que individualizarles las sanciones previstas en el delito-tipo, de acuerdo con las reglas que nos brinda este Catálogo.

CAPÍTULO SEGUNDO. DE LA RESPONSABILIDAD EN GENERAL.

ART. 48º (RESPONSABILIDAD DE MENORES). Consideré que el menor es responsable penal o social desde los doce años; me atengo a las críticas, vengan de donde vinieren. Los doce años es una edad perfecta para iniciar un tratamiento tendiente a rehabilitar a un pequeño. Ya me cansé de oír esas bobberías de que ¡pobrecito menor, necesita años, fue la sociedad la que lo hizo así!, sabiendo que hay niños de doce años que inspiran más temor que un adulto. Tienen capacidad de comprensión y conducción desarrollada; tan es así, que muchos se amparan en su minoridad, que los beneficia con la impunidad, para cometer los más atroces y desalmados delitos.

Si la sociedad es responsable de su conducta, razón de más para que se ponga el remedio y si sus padres no han sabido educarlos, no tienen para qué seguir con ellos. Yo traté mucho tiempo con niños, estudié psicología, psicología y pedagogía infantil. Ejercí mi profesión en medios muy difíciles y aunque mi trato directo era con niños de la primera infancia, también tenía relación con otros más grandes y me daba perfecta cuenta de la situación. A la edad de doce años, el adolescente ya posee capacidad de querer y entender y más en estos tiempos.

El tratamiento actual que se les da a los menores de dieciocho años, en nada los beneficia, revisense los índices de reincidencia. Qué tratamiento tutelar con amor ni qué nada, no es efectivo. Además, se quejan de los beneficios penales y de la protección constitucional que no les llega, ¡pues con mi Catálogo, les llegarán! Mucha irresponsabilidad penal y no tienen un código de conducta propio, sino que utilizan el de los mayores. Además, se les castiga, porque lo que se les aplica es un castigo, aunque no hubiesen realizado una conducta tipificada.

El diablo con una tutela fatal! Cuando un menor de dieciocho años de edad y mayor de doce cometa una conducta tipificada y se haya demostrado su capacidad de comprensión y conducción, debe ser considerado responsable penal y si no, responsable social, con un tratamiento diferente al de los mayores. Además, los dieciocho años es una edad política, que no tiene por qué tomarse en cuenta el área penal, sin ponerse a Cuestionar. ¿Qué importa si pueden votar o no? ... que nos interesa es saber si pueden responderle al ámbito de la punición y considero que sí.

(MENORES DE EDAD). Solamente los menores de doce años de edad deben quedar sujetos a la legislación tutelar.

ART. 499 (LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD). En esencia, cada persona es responsable por sus actos; en otros artículos se prevé la responsabilidad de las agrupaciones y la responsabilidad subsidiaria o solidaria de quienes tienen a alguien a su cargo o del estado.

(RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL ESTADO). Me enfrentaré a una crítica severa, mas no me importa. En mi concepto, si el estado no ha cumplido con una buena política punitiva, debe responder por ello y como parece que lo único que le importa es el bolsillo, pues que lo haga con él. Si el delincuente puede cubrir la compensación del dano, ¡qué bien! y si no, que el estado sea responsable subsidiario, porque como tutor de la sociedad debe implantar una buena política en todos los órdenes, sobre todo pre y postdelictiva y el ofendido, que es la única persona inocente, no tiene por qué esperar a que el delincuente tenga dinero.

ART. 509 (RESPONSABILIDAD DE LAS AGRUACIONES). Como hay ciertas agrupaciones -Iglesia, sindicatos, sociedades, partidos políticos, etc.- que han adquirido autoridad a partir de su injerencia en la economía, política y social del país (hasta hay ciertos autores que equiparan su poder con el del estado, como BODENHEIMER), es necesario limitar su actuación dentro de la legalidad y evitar que las fechorías que cometen sus líderes queden impunes. Esto no rompe con el derecho a la libertad grupal, que propugna el derecho laboral y la OIT, ni con el derecho de reunión y agrupación de la CPM, porque todas las agrupaciones deben tener un objeto lícito y ajustarse a patrones de legalidad.

(AGRUACION PARA EFECTOS PENALES). La agrupación es la persona moral, que se forma con dos o más personas físicas que tienen un objetivo común, sea lícito o ilícito, estén o no legalmente constituidas.

CAPITULO TERCERO. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

ART. 512 (RESPONSABILIDAD PENAL). Enuncio la posibilidad de comprender el carácter ilícito de la conducta únicamente, porque la posibilidad de conducción ya fue anulada en la culpabilidad y si no existió, debió haber sido declarada la inexistencia del delito y es coloso entrar al estudio de la responsabilidad.

(CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL). Debe aplicarse a los responsables penales la punibilidad individualizada que prevé el delito-tipo respectivo.

CAPITULO CUARTO. DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL.

ART. 529 (RESPONSABILIDAD SOCIAL). En cambio, la responsabilidad social no incluye la posibilidad de comprender el carácter ilícito de su conducta o de conducirse de acuerdo con esa comprensión; desde luego, con la limitante del trastorno mental permanente, para evitar la impunidad de la conducta libre en sus casos.

(EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL). Las personas en en el momento de ser sometidas a una relación procesal-penal sufran un padecimiento mental que las prive de comprensión o conducción adecuadas, deben recibir el mismo tratamiento que los responsables sociales.

ART. 539 (CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL). Esta es la base para imponer las llamadas "medidas de seguridad", a las cuales debe nombrarseles "medidas de tratamiento especializado" u otra denominación análoga.

(MENORES INCAPACITADOS). Una medida de equidad jurídico-penal es la de aplicarles a los menores de edad incapaces de comprensión y/o conducción adecuadas, un tratamiento especial, semejante al de los mayores. Estas regulaciones específicas deben ser hechas en la Ley de Ejecución de Sanciones.

TITULO CUARTO. DE LAS SANCIONES PENALES.

CAPITULO PRIMERO. DE LAS SANCIONES PENALES EN GENERAL.

ART. 54º (GARANTIA DE LA SANCION). Garantizo el derecho de que solamente sean impuestas como sanciones penales, las que prevé este Catálogo, las cuales deben ser individualizadas e impuestas conforme a las reglas en él previstas.

(PROHIBICION DE ANALOGIA O MAYORIA DE RAZON). También garantizo el derecho a no sufrir penas o medida de tratamiento especializado impuestas por analogía o mayoría de razón (art. 16º CPEUM).

ART. 55º (PROHIBICION DE SANCIONES PREDELICTIVAS). Se prevé que no sean impuestas las sanciones predelictivas.

(NECESIDAD DE COMPROBAR LA EXISTENCIA DEL DELITO Y DE LA RESPONSABILIDAD). Es el lineamiento a seguir en el proceso de la valoración jurídica (art. 16º CPUM).

ART. 56º (GARANTIA DE LA EJECUCION DE LAS SANCIONES PENALES). La Ley de Ejecución de Sanciones Penales debe atender a las condiciones impuestas en la sentencia para ejecutarlas y desde luego, debe tomar en consideración los lineamientos de este Catálogo (art. 18º CPEUM).

(RELACIONES RELATIVAS CON LAS SANCIONES PENALES). Cada una de las autoridades tiene una función expresa relacionada con las sanciones penales (art. 21º CPEUM).

ART. 57º (PUNIBILIDAD TIPICA). Para que no existan problemas, como el de decir que las sanciones que se aplican según las modalidades del delito son ilegales, aclaro que la punibilidad del delito-tipo es para el doloso consumado, cometido por persona capaz.

(OTRAS PUNIBILIDADES). Las demás sanciones penales tienen su fundamento legal en este artículo y en las reglas ara individualizarlas e imponerlas y por lo tanto, no pueden decirse ilegales.

CAPITULO SEGUNDO. DE LAS PENAS.

ART. 58º (CATALOGO DE PENAS). Estas son las únicas penas que pueden ser impuestas, no hay más.

ART. 59º (PRIVACION DE LA VIDA). Que no les asuste que prevea la pena de muerte; no me estoy remontando a la "prehistoria" del derecho penal; para que no digan que contridigo a la CPEUM, me apoyo en ella. Lo más normal del mundo es que si un cuerpo tiene algún órgano que no funciona y lo está perjudicando, es que lo elimino. Así, si tengo cáncer en mi mano derecha y existe el peligro de que contagie al resto de mi cuerpo, con todo dolor de mi alma, que me la corten. La pena de muerte es una medida de sanidad social que, desde luego, debo ser regulada en la Ley de Ejecución de Sanciones, para que sean evitados los sufrimientos adicionales al condenado (art. 22º CPEUM).

(LIMITACIONES). Atiende a los derechos individuales garantizados en la CPEUM (art. 22º CPEUM).

(SENTENCIA RECURRIDA). Se prevé que la sentencia recurrida no pueda ser fácilmente revocada.

ART. 60º (PRIVACION DE LIBERTAD CORPORAL). No la llamo prisión, porque ese es el lugar en donde se cumple, en todo caso. La nomenclatura de libertad corporal, porque no solamente afecta a la libertad de locomoción, sino a todos aquellos derechos que deban ser ejercitados en libertad.

(TERMINO). Amplio su duración mínima a un año, porque el término de tres días es inoperable, ya que ningún tratamiento puede ser efectivo si se lleva a cabo durante ese lapso. La duración máxima la respeto, puesto que opino que no tiene caso aumentarla, ya son bastantes los gastos que originará el delincuente que esté recluso ese tiempo.

ART. 61º (TRATAMIENTO ESPECIALIZADO PARA REHABILITACION CORPORAL). Para aliviar un poco la promiscuidad que existe en las cárceles, preveo que la persona que es adicta a las drogas o que padezca alguna enfermedad grave o peligro de contagio, sea reclusa en un establecimiento especial de salud porque, aún entre los delincuentes existen categorías y derechos y no tenemos por qué revolverlos o conculcárselos.

(TERMINO). No preveo un mínimo y un máximo limitados; ambos atenderán a las necesidades del condenado, de acuerdo con las constancias procesales. El mínimo si debe fijarlo la autoridad judicial y el máximo, atenderá al momento en que se cure el condenado.

ART. 62^o (MOLTA). El término multa lo utilicé para designar a la compensación del daño en favor del estado. Todos los delitos lo conllevan, sea como pena principal o accesoria y es a favor del erario público. Ya está bien de que el delincuente pague a un hotel de cinco estrellas. El sí-a multa es solo centavo. Si cometió algún delito, que le cueste su rehabilitación, aunque sea un poquito.

(OBLIGACION DE PAGARLA Y SU EQUIVALENCIA). Todo responsable penal o social debe pagar la multa y si no puede hacerlo, la obligación recae en sus deudores solidarios o subsidiarios. Será fijada en los términos del día-multa, para evitar que las cantidades estipuladas dejen de ser importantes en un tiempo futuro y así sepan bien las miras de cinco estrellas. El sí-a multa es una unidad que evoluciona, conforme a las necesidades económicas y tiene un límite mínimo de una y un máximo de quinientas unidades.

ART. 63^o (COMPENSACION DEL DAÑO). Cambié la tradicional denominación de reparación del daño, porque bien sabemos que hay daños que son irreparables y que los perjuicios tampoco pueden ser reparados; en cambio, si todos son compensables con la restitución o con una cantidad $\frac{1}{2}$ dinero. Es una pena inherente a todo delito.

(OBLIGACION DE COMPENSAR EL DAÑO). Tanto para el condenado como para sus deudores solidarios o subsidiarios, es obligatorio compensar los daños y perjuicios causados; el ofendido no tiene por qué sufrir más pérdidas injustas.

ART. 64^o (ALCANCE DE LA COMPENSACION DEL DAÑO). La compensación del daño abarca todas las pérdidas materiales que el ofendido haya sufrido como motivo del delito, incluyendo el pago del daño moral y de los gastos y costas procesales. Por éstos se entiende todos los gastos que el ofendido o sus causa-habientes hicieron con motivo del delito y que pudan ser comprobados, excluyendo lo que les exijan los servidores públicos.

ART. 65^o (RECOMISO). Abarca a todos los instrumentos, productos u objetos del delito. El delincuente no tiene porqué quedarse con algo que obtuvo ilícitamente.

(ALCANCE). Todas las cosas relacionadas con el delito deben ser recogidas y/o aseguradas por la autoridad ministerial y puestas a disposición de la judicial, que es la única que puede resolver sobre su destino, decidiéndolas o devolviéndolas.

ART. 66^o (SUSPENSIÓN Y PRIVACIÓN DE DERECHOS). Hago la diferencia entre la inhabilitación (temporal) y la pérdida (permanente), que no es lo mismo ni es igual, como se ha creído.

(ALCANCE). La suspensión o privación de derechos que sea impuesta como pena principal, se refiere a los que tengan naturaleza política o civil, referidos a bienes disponibles. Es lógico que a una persona no va a suspendersele en su derecho a la alimentación.

ART. 67^o (PUBLICIDAD ESPECIAL DE SENTENCIA). La regulación es semejante a la actual.

(EXTENSION). También el estado puede ser condenado a la publicidad especial de sentencia, que hará en el periódico oficial de la entidad correspondiente, en la compilación de jurisprudencia y en los medios de comunicación pública. Esto es para que nuestros jueces aprenda lo que no debe hacerse en la administración de justicia penal.

ART. 68^o (INTERVENCIÓN Y REMOCIÓN DE AGRUPACIONES). Cuando es declarada la responsabilidad de las agrupaciones, pueden serles impuestas la intervención y la remoción, las cuales afectan sus órganos de dirección, administración y representación.

(SUSPENSIÓN O DISOLUCIÓN DE AGRUPACIONES). La pena para las agrupaciones con responsabilidad especial, consiste en suspenderlas o privarlas de los derechos que, como grupo, les corresponden, o bien en anularlas para la vida jurídica y social.

(EXCEPCION). Cuando se trate de agrupaciones estatales, de instituciones de asistencia o benéfico social o de sindicatos, solamente debe ser impuesta la remoción o la intervención.

ART. 69^o (PENAS TUBELARES). Me acordé de que los menores merecen un tratamiento especial, no sólo de los que necesitan, y proveo para los responsables penales la aplicación de las medidas médicas, clínicas, educativas, labores y/o lúdicas, que sea menester para intentar su rehabilitación.

(**TERMINO**). Dispongo que el mínimo de su duración sea de un año escolar, para no truncar el avance curricular de los menores, resultado lógico que si el pequeño ingresa a la institución de tutela a medio año escolar, la duración de la pena será del tiempo que falte para terminarlo. El término máximo para permanecer en una institución de tutela es cuando el sentenciado cumpla los dieciocho años; ojo con ésto, porque su responsabilidad y la duración de la pena no están limitadas a su edad.

CAPITULO TERCERO. DE LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO ESPECIALIZADO.

ART. 70º (**CATALOGO DE MEDIDAS DE TRATAMIENTO ESPECIALIZADO**). Estas son las únicas sanciones legalmente previstas para los responsables sociales. En el entendido de que les son aplicables de la IV a la IX del artículo 58º

ART. 71º (**CONFINAMIENTO**). Debe ser impuesta a las personas incapaces que no tienen posibilidad de curarse y además, poseen un alto grado de temibilidad.

(**TERMINO**). Aquí rompo con algunas de las características de las sanciones penales que, entre otras cosas, deben ser determinadas. Pido que me disculpen todos, aunque por el bienestar de la sociedad, si los trastornos mentales permanentes inspiran temor y realmente son un peligro, lo mejor es mantenerlos alejados del núcleo de por vida, no hay más que decir. Antes digan que no dispongo que se les dé muerte, porque entonces sí dirían que soy arcaica y hitleiriana, pero si tienen algo que refutarme, ¿por qué no se enfrentan a uno de ellos? Si acaso hubiera alguna manera de contrarrestar el temor que inspiran y el peligro que representan, la medida podría cesar.

ART. 72º (**RECLUSION**). Equivale a la privación de libertad corporal, con su respectivo tratamiento médico, clínico, educativo, laboral y/o recreativo, para intentar su rehabilitación.

(**TERMINO**). El término mínimo es igual al de la pena de privación de libertad corporal y el máximo, dependerá de las condiciones personales del sentenciado.

ART. 73º (**TRATAMIENTO PARA REHABILITACION EN SEMI-LIBERTAD**). Tiene el mismo fin que la medida anterior, aunque conlleva períodos de reclusión y de libertad alternados.

(**TERMINO**). Se prevé en las mismas condiciones que los artículos anteriores.

ART. 75º (**MEDIDAS TUTELARES**). Deben serle impuestas a los menores de dieciocho años de edad y mayores de doce, que padezcan alguna anomalía mental permanente.

(**BENEFICIO Y PERJUICIO**). El beneficio consiste en que si el menor no es de temer, debe serle entregado a la persona que legalmente le corresponda hacerse cargo de él, siempre y cuando se obligue a darle atención integral, otorgue responsiva médica y caución. El perjuicio se dará si el menor es de alto grado de temibilidad, toda vez de que deberá confinárselo. Otra disposición inhumana!, bueno, aunque con las mismas razones del artículo 71º

CAPITULO CUARTO. DE LOS BENEFICIOS PENALES.

ART. 76º (**CATALOGO DE LOS BENEFICIOS PENALES**). Ofrezco una serie de beneficios penales, que convierten a la pena privativa de libertad corporal (son equivalentes a las penas).

ART. 77º (**RESERVACION DE LIBERTAD PERSONAL**). Afecta a la libertad personal, con relación a efectuar determinados actos o de acudir a ciertos lugares.

(**ARBITRIO JUDICIAL**). La autoridad judicial tiene amplias facultades para decidir sobre las restricciones.

ART. 78º (**SEMI-LIBERTAD**). Este beneficio combina períodos de libertad y de reclusión, conlleva el tratamiento para rehabilitación.

(**LUGAR DE RECLUSION**). El lugar para cumplir con la reclusión debe ser determinado por la autoridad ejecutora, considerando que no forzadamente debe ser la cárcel, toda vez que se supone que convierte a la pena privativa de libertad corporal.

ART. 79º (SEGREGACION). Afecta la libertad de elegir el lugar de residencia. (**ARBITRIO JUDICIAL**). La autoridad judicial decidirá en qué lugar o en qué circunscripción territorial debe residir el condenado, considerando sus peculiaridades y las exigencias de la seguridad social.

ART. 80º (TRABAJO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD). Aquí se ve afectada la libertad de trabajo.

ART. 81º (AMONESTACION). Es un beneficio penal, que excita al condenado a la enmienda. (**EXTENSION**). El apercibimiento debe ser hecho en todos los casos en que la autoridad judicial dicte una sentencia condenatoria y además, funciona como beneficio penal.

ART. 82º (APERCIBIMIENTO). El beneficio consiste en advertirle al condenado que de cometer un nuevo delito, la pena convertida puede hacerse efectiva.

(**EXTENSION**). El apercibimiento debe ser hecho en todos los casos en que la autoridad judicial dicte sentencia condenatoria o convierta a la pena privativa de libertad corporal.

ART. 83º (CAUCION DE NO OFENDER). En este beneficio penal el condenado deberá otorgar fianza o depósito, para comprometerse a no delinquir de nuevo.

(**PRERROGA DE LA CAUCION**). Se pierde la garantía cuando el condenado incumple su compromiso de no ofender, el monto será aportado al fondo que se destina a la procuración y administración de justicia penal.

ART. 84º (BENEFICIO PENAL HUMANITARIO). Cuando en la comisión de la conducta delictuosa el condenado sufra consecuencias graves en su persona que hagan irracional la aplicación de una pena, como la parálisis, por ejemplo, la autoridad judicial debe convertirla a uno de los beneficios penales, aunque no reúna los requisitos.

CAPITULO QUINTO. DE LAS REGLAS PARA INDIVIDUALIZAR LAS SANCIONES PENALES.

ART. 85º (REQUISITOS PARA PROCEDER A INDIVIDUALIZAR LAS PENAS). Cero que aquí resume la casuística tautológica de los artículos 51º y 52º CPF. Se tomará en cuenta el mínimo y el máximo, el aumento o la disminución según las modalidades del delito, las agravantes y las atenuantes, las circunstancias exteriores de ejecución, el grado de intervención, los dictámenes e informes, su grado de tendencia delictuosa, las circunstancias personales del ofendido y el daño causado. Todo ello con el más amplio arbitrio judicial.

ART. 86º (GRADOS DE TENDENCIA DELICTUOSA). Aquí preveo las modalidades que nos demuestran la tendencia a delinquir que tiene un sujeto: infractor, si en alguna ocasión tuvo "un topazo" con la justicia penal; delincuente, si es la primera vez que es condenado; reincidente, si ha sido condenado con anterioridad; habitual, si ha sido condenado varias veces en sentencia ejecutoriada, o profesional, si su tendencia a delinquir constituye su fuente de ingresos o su modo de vivir. La reincidencia y la habitualidad no impondrán una pena extra, solamente sirvan para graduar la que habrá de individualizarse por la conducta cometida.

ART. 87º (REQUISITOS PARA PROCEDER A INDIVIDUALIZAR LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO ESPECIALIZADO). Para imponer las medidas de tratamiento especializado debe atenderse a: los términos mínimo y máximo previstos para cada una de ellas, las circunstancias exteriores de ejecución, los dictámenes de peritos psiquiatras, los informes de trabajo social; todo ello evaluado con amplio arbitrio judicial.

ART. 88º (REQUISITOS PARA INDIVIDUALIZAR LAS PENAS DE LOS SERVIDORES PUBLICOS). Además de los requisitos generales para individualizar las penas, en los casos de los servidores públicos debe atenderse a: Su antigüedad, la categoría del puesto, las percepciones, su conducta laboral y personal en el servicio público, la importancia social de los daños y perjuicios, las circunstancias especiales de comisión, atendiendo a un amplio arbitrio judicial.

ART. 89º (COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS). Las circunstancias agravantes o atenuantes subjetivas, de relaciones personales o de cualidades no se comunican, aunque hayan sido conocidas. No hay coautores de parricidio, por ejemplo, a menos que todos los intervinientes tengan la relación de parentesco con el ofendido.

ART. 90º (CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL OFENDIDO). Las circunstancias agravantes o atenuantes que estén fundamentadas en las cualidades del ofendido, no influyen cuando hay ignorancia.

(INOPERANCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS). Las circunstancias agravantes o atenuantes no influirán en la individualización de las medidas de tratamiento especializado.

ART. 91º (INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS EN LOS DELITOS CULPOSOS). Preveo una punibilidad específica para los delitos culposos, que será la mitad de la correspondiente al delito-tipo de que se trate. Aunque en el delito cometido con intención indirecta no entre en juego el querer producir el resultado, debemos reconocer que sus efectos fácticos son los mismos que los del delito cometido con intención directa o dolo.

(SANCION ALTERNATIVA). En los casos en que el delito-tipo simple prevea una sanción alternada con la privativa de libertad corporal, al procesado debe favorecerle esa situación.

ART. 92º (INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS EN LAS LESIONES CULPOSAS DE DOS O MAS PERSONAS EN EL TRANSITO DE VEHICULOS). Esta previsión corresponde a un reclamo popular de sancionar severamente a los conductores que en su loca carrera o por sus descuidos producen daños en la salud de dos más personas. La culpa debe ser calificada como superior a la leve, el delincuente no debe haber poseído permiso o licencia para conducir, debe haber cometido otro delito o una infracción al Reglamento de Tránsito, debe haberse dado a la fuga o huido, el vehículo debe ser de transporte público federal o local, de carga, de valores, de personal o escolar, aunque estos últimos no hayan ido ocupados. Uno solo de los anteriores supuestos es suficiente para agravar a la punibilidad simple. Así no queda ni un "huéscrito."

ART. 93º (INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS EN HOMICIDIO CULPOSO DE DOS O MAS PERSONAS EN EL TRANSITO DE VEHICULOS). Es el mismo supuesto del artículo anterior, nada más que aquí se trata de homicidio.

(CONCURSO DE LESIONES Y HOMICIDIO). En la misma hipótesis, cuando haya concurso de los delitos de lesiones y homicidio, será aplicable la pena de los homicidios nada más.

ART. 94º (CALIFICACION DE LA GRAVEDAD DE LA CULPA). Hay diferentes aspectos para calificar la gravedad o la levedad de la culpa, además del arbitrio judicial.

ART. 95º (INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS EN LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES). Se prevé la disminución de una cuarta parte de la punibilidad simple, para la menor intención.

(SANCION ADICIONAL EN LOS DELITOS CULPOSOS Y PRETERINTENCIONALES). Se prevé la suspensión o privación de derechos para los delitos cometidos con intención indirecta y mixta.

ART. 96º (INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS PARA LOS DELITOS EN GRADO DE TENTATIVA). Todas las clases de tentativa serán sancionadas con las dos terceras partes de la punibilidad simple. No hay razón para que no sean sancionados el desistimiento y el arrepentimiento, porque en todos los casos hay una manifestación de tendencia delictiva que debe ser neutralizada.

ART. 97º (INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS EN LOS DELITOS CONTINUADOS). En el supuesto del delito continuado, debe ser aplicada la punibilidad simple, aumentada en una mitad.

(SANCION ADICIONAL). La pena de compensación del daño también debe ser aumentada hasta en dos tantos de los daños y perjuicios causados, o bien de los beneficio subtenidos.

ART. 98º (INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS EN EL CONCURSO DE DELITOS). La punibilidad simple debe ser aumentada en una mitad, en los casos de concurso ideal de delitos, sin que hubiere injerencia en la compensación del daño, para que esta punibilidad resulte atenuada con relación a la que está prevista para el delito continuado.

(INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS EN EL CONCURSO REAL). Aquí será inpuesta la pena del delito que merezca la mayor, aumentada hasta la suma de las punibilidades de los demás delitos.

ART. 99^o (CONCURRENCIA DE INTENSION). Ya oigo las críticas: ¡Qué desalmada soy!, aunque considero que esto es de justicia social y jurídica. El ofendido no es una víctima cuando provoca la agresión a sus bienes jurídicos, sea cual fuere el grado de su intension. Si el delincuente es castigado por su mala intension o por no respetar deberes cu cuidado, por qué al supuesto ofendido no habría de sancionárselo por lo mismo. Por justicia y más aún, por equidad, en todos los casos de "conurrencia de culpas", debe aplicársele una sanción a quien provocó la ofensa, aunque solamente será de multa.

(INOPORTANCIA DE LAS DEMÁS DISPOSICIONES). En este caso no se tomará en cuenta alguna otra de las disposiciones para individualizar e imponer las penas.

ART. 100^o (REGLAS PARA DETERMINAR EL AUMENTO O LA DISMINUCION DE LA PUNIBILIDAD). En sanciones proporcionales deben ser aumentados o disminuidos el mínimo y el máximo en la proporción indicada y la graduación, debe ser hecha sobre ese nuevo límite, quedando a salvo el arbitrio judicial.

(INFLUENCIA DE LA PROPORCION). La variante influye en todas las demás sanciones, excepto en la compensación del dano.

ART. 101^o (BENEFICIOS PARA LOS RESPONSABLES SOCIALES). En la individualización de las medidas de tratamiento especializado no debe influir alguna de las reglas para individualizar e imponer las penas, aquí el delito es considerado en su forma más simple.

(CASO EN QUE LA PUNIBILIDAD DEL DELITO-TIPO NO PREVEA LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD CORPORAL). Si en la punibilidad del delito-tipo no se prevé la pena privativa de libertad corporal, no debe imponerse una medida de tratamiento especializado en reclusión, sino cuando el sujeto sea de máxima temibilidad.

CAPITULO SEXTO. DE LA IMPOSICION DE LAS PENAS.

ART. 102^o (CONVERSION DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD CORPORAL). En todos los supuestos en que el delito-tipo prevea la privación de libertad corporal, la autoridad judicial debe procurar convertirla a un beneficio penal.

(INFLUENCIA DE LA RECLUSION PREVENTIVA). Al imponer la pena de privación de libertad corporal, la autoridad judicial debe abonarle el tiempo que el condenado hubiere pasado en reclusión preventiva.

ART. 103^o (IMPOSICION DEL TRATAMIENTO ESPECIALIZADO PARA REHABILITACION CORPORAL). Para imponer esta pena, la autoridad judicial debe probar que el sentenciado necesita de ella.

(FACILIDAD DEL JUZGADOR). Queda al arbitrio del juez determinar si el condenado cumple primero con la pena de privación de libertad corporal o con el tratamiento especializado para su rehabilitación, si lo hace en forma conjunta o si solamente compurga alguna de esas sanciones. Como esta es una pena, el sentenciado no es quien pueda escoger.

ART. 104^o (TABLADOR DE LA MULTA). Como la multa es una pena accesoria a la privación de libertad corporal en la mayoría de los casos, su tabulación debe ser hecha de acuerdo con la duración de ésta. Aquí fijo los términos mínimo y máximo, relacionando ambas sanciones.

ART. 105^o (EQUIVALENCIA DE LOS DIAS-MULTA). Será calculada tomando en cuenta el monto total de los ingresos que el condenado haya declarado, por concepto de salarios, en un día.

(CASOS EN QUE EL CONDENADO NO TUVIERE PERCEPCIONES). Cuando el sentenciado no hubiese declarado percepciones la autoridad judicial atenderá al salario mínimo general vigente en el momento en que fue consumada la conducta delictuosa y en el lugar en donde se llevó a cabo el juicio.

ART. 106^o (DIA-MULTA EN LOS DELITOS INSTANTANEOS O EN GRADO DE TENTATIVA). (DIA-MULTA EN EL DELITO PERMANENTE). (DIA-MULTA EN EL DELITO CONTINUADO). Prevé las reglas para determinar el valor del día-multa, considerando algunas de las modalidades del delito por cuanto hace a su consumación.

ART. 107^o (CONVERSION DE LA MULTA). La multa puede ser convertida en jornadas de trabajo en favor de la comunidad, en forma total o parcial, cuando el condenado compruebe su insolvencia, si no está aunada a la privación de libertad corporal.

(MULTA Y PRIVACION DE LIBERTAD CORPORAL). Cuando la multa conlleva la privación de libertad corporal, debe ser convertida en días de reclusión.

ART. 108^o (EQUIVALENCIA DE LOS DIAS-MULTA). El día-multa equivale a una jornada de trabajo en favor de la comunidad o a dos días de privación de libertad corporal.

(ARBITRIO JUDICIAL) También la multa puede ser convertida a caución, si el sentenciado pide un plazo para pagarla, ampliando los beneficios que se le brindan.

ART. 109^o (PLAZO PARA PAGAR LA MULTA). Se prevé un plazo para saldar el importe de la multa.

(OBLIGACION DEL PRELIBERADO). Para que el conpurgado pueda obtener su libertad, debe haber cubierto el importe de la multa.

ART. 110^o (CASO EN QUE EL CONDENADO O EL PRE-LIBERADO SE NIEGUE A PAGAR LA MULTA). Se prevé la operancia del procedimiento económico-coercitivo.

(CASO EN QUE NO POSEA BIENES). Si no pudo hacerse efectivo el procedimiento anterior, la multa se convierte.

ART. 111^o (LUGAR EN DONDE DEBE SER PAGADA LA MULTA). Se indica el lugar y el tiempo para saldar la multa.
(MULTA Y COMPENSACION EL DAÑO). Se dio preferencia al pago de la compensación del daño, aplicándose la sustitución de la multa.

ART. 112^o (CALIDAD DE LA COMPENSACION DEL DAÑO). Esta es una deuda preferente, excepto con relación a las alimentarias, previendo la calidad del estado como deudor subsidiario.

(OBLIGACION DEL ESTADO). En todos los supuestos en que el condenado o sus deudores solidarios o subsidiarios no puedan pagar la multa, debe haberlo el estado. El ofendido no tiene por qué pagar más consecuencias del delito.

ART. 113^o (DETERMINACION DE LA COMPENSACION DEL DAÑO). Para fijar el monto de la compensación del daño debe atenderse a las pruebas y al Catálogo del procedimiento Penal.

(REPARACION Y COMPENSACION DEL DAÑO). Los daños pueden ser reparados o compensados en dinero, aunque el ofendido puede aceptar un pago en especie.

ART. 114^o (PAGO EN ESPECIE). Si sólo puede hacerse el pago en especie y el ofendido no lo quiere, es estado debe cubrir el adeudo.
(SUBASTA DE LOS BIENES). El estado procederá a la subasta pública.

ART. 115^o (DAÑOS MATERIALES). En daños materiales se incluye a los gastos y costas procesales.

ART. 116^o (DAÑOS MORALES). Se prevé una compensación del daño moral y la forma para determinarlo, auxiliándose con el Catálogo del Procedimiento Penal.

(DAÑO MEDIATO). Si el ofendido queda imposibilitado para el trabajo, el delincuente debe ser declarado deudor solidario de sus obligaciones anteriores al delito.

ART. 117^o (VARIOS OFENDIDOS). El pago de la compensación del daño a varios ofendidos debe ser íntegro y no proporcional; el estado actuará como deudor solidario.

(SOLIDARIDAD EN LA COMPENSACION). En cambio, cuando varios delincuentes deban compensar el daño, si se tomará en cuenta la proporción.

ART. 118^o (COMPENSACION DEL DAÑO AL ESTADO). A la multa se le suma el monto de los daños y perjuicios, cuando el ofendido sea el estado o la sociedad.

(AFPLICACION DE LAS PREVISIONES DE LA MULTA A LA COMPENSACION DEL DAÑO AL ESTADO). La deuda queda convertida en una sola y deben aplicársele las disposiciones relativas al pago de la multa.

ART. 119^o (PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A LA COMPENSACION). Fueron enumeradas las personas que tienen derecho a que les sea compensado el daño. Pongo un interés especial en la compensación, porque comprendo que al ofendido para nada le sirve que el delincuente se pudra en la cárcel, de alguna forma el satisfactor material le es más útil.

(CONCURRENCIA). A pesar de que estas personas están enlistadas en orden preferencial, prepondera quien aporte el material necesario para promover y asegurar el pago de la compensación del daño.

(RENUNCIA A LA COMPENSACION DEL DAÑO DEL OFENDIDO). Si acaso el ofendido renunciare a la compensación, ésta debe ser ofrecida a sus causa-habientes.

(COMPENSACION DEL DAÑO APLICABLE AL ESTADO). Solamente en el caso en que todos los causa-habientes renuncien a la compensación, ésta será aplicable a los fondos del erario público.

ART. 121º (PERSONAS ENCARGADAS DE COMPENSAR EL DAÑO). En la compensación del daño se rompe con el principio de que la responsabilidad no pasa de la persona y de los bienes del delincuente, porque hay que procurar que el ofendido o sus causa-habientes obtengan el pago. Se hará responder en forma económica a todos los individuos que tengan a otro bajo su cuidado, recordando que en última instancia, responderá el estado.

(CALIDAD DE LA OBLIGACION). Estas personas responderán como deudores solidarios en el caso en que el individuo sea solvente y subsidiarios, si no lo es.

ART. 122º (VIA LEGAL PARA EXIGIR LA COMPENSACION DEL DAÑO). La pena de compensación del daño debe ser exigida por el Ministerio Público, en sus conclusiones y de oficio; empero, la persona que tenga derecho a ella, debe aportar lo necesario para comprobar y cuantificar los daños y perjuicios. Así reforzamos la intervención de los ofendidos en el proceso penal.

(INCIDENTE). La compensación exigible a terceros será tramitada en forma de incidente y para ello, debe atenderse al Catálogo del Procedimiento Penal.

(COMPENSACION DEL DAÑO POR ILICITO PENAL). Cuando el proceso penal finalice con la absolución del procesado y existiere un daño, su compensación debe ser exigida por la vía civil.

ART. 123º (OBLIGACION DE LA AUTORIDAD MINISTERIAL). El Ministerio Público, como representante de la sociedad, debe procurar que todas las personas que intervengan en el procedimiento penal obtengan una resolución justa; por ello se lo obliga a que asesore al ofendido o a sus causa-habientes, para que le alleguen el material necesario para comprobar y cuantificar los daños y perjuicios y que así, él pueda promover lo necesario para acreditar la compensación y asegurar su pago.

(INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION). Si el Ministerio Público es omiso por cuanto hace a las promociones para acreditar, tramitar y asegurar el pago de la compensación, la persona que tiene derecho a ella debe tramitarla en forma de incidente, sin que resulte necesaria la intervención de la autoridad ministerial y ésta misma quedará obligada al pago. De esta manera aseguro que cada intervector en el proceso cumplo con sus obligaciones para con el ofendido y evito que el Ministerio Público se dedique únicamente a solicitarle al juez que condene a la compensación, cuando ni hizo gestiones al respecto.

ART. 124º (TIEMPO PARA CUBRIR LA COMPENSACION DEL DAÑO). El obligado a pagar la compensación tendrá un plazo de treinta días contados a partir de que la sentencia cause ejecutoria y la autoridad ejecutora, debe entregar el dinero a más tardar en tres días. Este período se estableció al recordar que el ofendido no tiene por qué esperar más tiempo, ya lo es suficiente con lo que dura el juicio.

(PLAZO PARA CUBRIR LA COMPENSACION DEL DAÑO). Para ser benigna con el delincuente, establezco que pueda pedir un plazo para cubrir la compensación del daño; aunque para ser justa con el ofendido, el pago debe hacerlo el estado, quien se convierte en acreedor del condenado.

ART. 125º (CASO EN QUE EL CONDENADO SE NIEGUE SIN CAUSA JUSTIFICADA A CUBRIR EL PAGO DE LA COMPENSACION DEL DAÑO). Si el condenado (delincuente, deudores solidarios o subsidiarios o Ministerio Público) se niega a pagar la compensación de daño, entra en vigor el procedimiento económico-coercitivo. (INSOLVENCIA DEBIDAMENTE ACREDITADA). En cambio, si prueba que es insolvente, debe pagar el estado, quedando como su acreedor.

ART. 126º (FORMA DE COMPENSAR EL DAÑO AL ESTADO). Si el condenado no puede pagarle al estado la compensación del daño que cubrió como deudor subsidiario porque es insolvente, a la deuda deben aplicársele las provisiones de la multa.

ART. 127º (COMPENSACION DEL DAÑO A FAVOR DEL ESTADO O DE LA SOCIEDAD). Cuando un servidor público cause daños al estado o a la sociedad, la compensación del daño será hasta de tres tantos más, tomando en cuenta que está violando la fe que el pueblo depositó en él.

(ALCANCE DE LA COMPENSACION DEL DAÑO A FAVOR DE LA SOCIEDAD). Es estado y la sociedad no son acreedores de daño moral.

ART. 128º (COMPENSACION DEL DAÑO A CARGO DEL ESTADO). Una disposición justa lo es el hecho de que el estado compense el daño a la persona que procesó indebidamente o que es declarada inocente. Con ello se procura que los servidores públicos pongan atención en su trabajo y en el proceso de la valoración jurisdiccional de la responsabilidad. Se refuerza la intervención del Ministerio Público en el procedimiento penal, ampliando la posibilidad de que mande al archivo los casos en que evidentemente no hay delito o responsabilidad y a que trabaje bien las averiguaciones previas que consigna, porque estimo que tanto los que están en la cárcel siendo inocentes, como los culpables que fueron liberados, la mayoría de las ocasiones se lo deben a él.

(PROCEDENCIA DE LA COMPENSACION DEL DAÑO A CARGO DEL ESTADO). Esta la debe hacer valer de oficio la autoridad judicial, en todos los casos en que sea dictada sentencia absolutoria. Aquí no interviene el Ministerio Público, porque la mayoría de los casos en que se absuelve, es por sus deficiencias.

ART. 129º (ALCANCE DE LA COMPENSACION DEL DAÑO A CARGO DEL ESTADO). Además de los lineamientos generales, se agrega una indemnización especial para el absuelto, la cual será fijada en los términos del Catálogo del Procedimiento Penal.

ART. 130º (MOMENTO DE LA COMPENSACION DEL DAÑO A CARGO DEL ESTADO). El estado debe compensar el daño de inmediato, para él no hay plazos.

(ATRASO). En cambio, si se atrasare, por cada día que lo haga pagará un salario mínimo personal o general. Personal si la persona declaró percepciones y general, si no lo hizo.

ART. 131º (CASO EN QUE NO HAYA SIDO HECHO EL PAGO). Si después de ciento ochenta días de que la sentencia hubiese causado ejecutoria, el estado no ha cubierto la compensación del daño con el dinero de la partida que tenga destinada a ello, la autoridad ejecutora debe hacerlo con sus fondos.

(DUPLICACION). Si a pesar de todo no se cubre el pago, la cantidad se duplicará por cada ocho días de atraso. Así no aseguramos de que el injusto procesado reciba pronto pago.

ART. 132º (COSAS QUE PUEDEN SER DECOMISADAS). Se precisa en qué casos pueden ser decomisados los instrumentos del delito.

(OBJETOS Y PRODUCTOS DEL DELITO). Sólo podrán decomisarse, si son de uso o comercio ilícito.

ART. 133º (PERTENENCIA A UN TERCERO). Si son de un tercero y se los usó sin su consentimiento, no deben ser decomisados.

(INEXISTENCIA DEL DELITO O DE LA RESPONSABILIDAD). Cuando sea dictada una sentencia absolutoria, los instrumentos, objetos o productos del delito pueden ser decomisados si son de uso prohibido o comercio ilícito.

ART. 134º (COSAS NOCIVAS O PELIGROSAS). Deben ser destruidas en treinta días contados a partir de que la sentencia cause ejecutoria.

(CONSERVACION). Empero si son útiles para fines científicos o docentes, o bien pertenezcan al erario público, debe determinarse su conservación.

ART. 135º (BIENES DE LA SOCIEDAD O DEL ESTADO). Para asegurar los bienes del patrimonio de la sociedad, preveo que mientras dura el proceso, todas las posesiones o propiedades del delincuente y de sus familiares, sean aseguradas o resguardadas, mientras se detenga su procedencia. Con ello prevengo que los servidores públicos pillos pongan a nombre de sus familiares los bienes mal habidos.

(BIENES DE TERCEROS). Si logra determinarse su procedencia del erario público, deben decomisarse, aunque estén a nombre de terceros.

ART. 136º (ASEGURAMIENTO DE LOS BIENES). Los bienes muebles deben ser recogidos por el Ministerio Público y colocados en el Depósito de Objetos de las procuradurías y quedar a disposición del juez.

(BIENES INMUEBLES). Los inmuebles serán sellados por el Ministerio Público, para asegurarlos y también los dejará a disposición del juez.

ART. 137º (BIENES EN CUSTODIA). Cuando sea estrictamente necesario que una persona haga uso de los bienes, por ejemplo una casa, un automóvil, etc., la autoridad ministerial está facultada para dejárselos en tenencia y mediante oficio, los pondrá a disposición del juez.

(ADVERTENCIA). El tenedor debe obligarse a conservar los bienes en el estado que le son entregados, no haciendo mejoras o reparaciones sin permiso de la autoridad judicial, so pena de incurrir en delito.

ART. 138º (COSAS QUE NO SEAN RECOGIDAS). Cuando los objetos que estén a disposición del juez no sean decomisados ni recogidos por la persona que tiene el oficio, los pondrá a disposición del juez.

(COSAS DECOMISADAS). Lo mismo rige para las cosas decomisadas que no hubieren sido destruidas o de las cuales no se determinó su conservación.

ART. 139º (PRODUCTO DE LA SUBASTA). Lo que se obtenga de la subasta pasa a formar parte de los fondos del arario público destinados a la procuración y administración de justicia penal.

ART. 140º (SUSPENSIÓN DE DERECHOS CONJUNTA). La pena de privación de libertad corporal lleva implícita la suspensión de todos los derechos políticos y de aquellos civiles que deban ser ejercitados en libertad. Por ejemplo, el derecho al trabajo, que será desarrollado en la forma y en los términos que fije la autoridad ejecutora.

(SUSPENSIÓN Y PRIVACIÓN DE DERECHOS). Como la suspensión y privación de derechos es una pena que puede ser impuesta a discreción de la autoridad judicial, en los casos en que no la establezca el delito-tipo o determinar a qué derechos se refiere y por cuánto tiempo será su duración, esto debe ser aclarado en la sentencia, siendo imposible que en segunda instancia sea subsanado el error.

ART. 141º (COMPUTO DEL TERMINO DE LA SUSPENSIÓN O PRIVACIÓN DE DERECHOS). El cómputo tiene dos supuestos: 1º Si es pena accesoria aunada a la privativa de libertad corporal, empezará a contar cuando ésta haya sido cumplida, así el recluso no quedará al desempeño familiar, ni se confunde con la suspensión de derechos conjunta. 2º Si es pena principal, única o no aunada con la privación de libertad, contará a partir de que la sentencia cause ejecutoria.

(ADVERTENCIA). Cuando el juez deba determinar cuáles derechos serán suspendidos o privados y por cuánto tiempo será la suspensión, debe atender a la naturaleza y a la gravedad del delito.

ART. 142º (PUBLICIDAD ESPECIAL DE LA SENTENCIA). Si el ofendido lo desea, puede solicitar la publicidad especial de la sentencia a su costa, aunque el juez no hubiera convenido a ella.

(PENSA DE FACILIDAD). El ofendido puede elegir los medios y las características de la publicidad de la sentencia.

(DISPOSICIÓN ESPECIAL). La publicidad sólo podrá hacerse en el Diario Oficial o en la compilación de jurisprudencia si le fue impuesta al estado, o bien si el ofendido sufraga los gastos.

ART. 143º (PENAS TUTELARES). En todos los casos en que el responsable penal sea un menor de dieciocho años y mayor de doce, la autoridad judicial debe procurar convertirle la pena a un beneficio penal. Aquí cabe hacer notar que procurar no significa que forzosamente deba convertirse la pena, para ello la autoridad judicial goza de un libre arbitrio.

(ADVERTENCIA). Para garantizar la efectividad del tratamiento del menor de dieciocho años y cumplir con lo dispuesto en el artículo 18º CPEUM, se los recluirá en lugares separados de los adultos.

ART. 144º (REVISIÓN DE SENTENCIA). La pena de los menores delincuentes no cesa cuando cumplen los dieciocho años; en este caso, la autoridad judicial debe proceder a revisar su sentencia, para comprobar la necesidad de que continúe recluido o para rehabilitarlo. Esto será regulado en el Catálogo del Procedimiento Penal.

(REHABILITACIÓN). Además, el condenado debe ser sometido a estudios especializados, para que lo rehabiliten o se lo recuya en un centro para adultos. De esta manera se evita la impunidad y que los menores se especialicen en su carrera delictiva.

ART. 145º (EXTINCIÓN DE LA PENA DE TRATAMIENTO TUTELAR). Si el menor huye o se fuga y es reaprehendido, se lo beneficia disponiendo que la pena tutelar se considere extinta, si ha cumplido los dieciocho años.

CAPITULO SEPTIMO. DE LA IMPOSICION DE LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO ESPECIALIZADO.

ART. 146° (ARBITRIO JUDICIAL). Solamente el juez puede decidir qué medida de tratamiento especializado le será impuesta al responsable social.

(LUGAR EN QUE DEBE SER CUMPLIDA). La autoridad judicial pondrá al responsable social en la institución sanitaria correspondiente, a disposición de la autoridad, cuando la medida de tratamiento especializado deba ser cumplida en reclusión.

ART. 147° (DURACION DE LA MEDIDA DE TRATAMIENTO ESPECIALIZADO). A la medida de tratamiento especializado se la limita al máximo que prevé la pena privativa de libertad corporal del delito-tipo respectivo, la cual puede ampliarse si el delincuente representa una temibilidad máxima.

(EXTINCION). Si el delito-tipo no prevé la privación de libertad corporal, la duración de la medida de tratamiento especializado debe ser fijada de acuerdo con las condiciones del delincuente.

ART. 148° (CONCLUSION DE LA MEDIDA Y NECESIDAD DE QUE CONTINUE EL TRATAMIENTO). Si el responsable social cumplió con la medida y de acuerdo con los estudios especializados la autoridad ejecutora determina que necesita continuar con el tratamiento, pondrá a sus representantes en contacto con las autoridades sanitarias correspondientes.

(MODIFICACION Y CONCLUSION DE LA MEDIDA). La medida de tratamiento especializado puede ser modificada o suspendida en forma provisional o definitiva por la autoridad ejecutora, considerando el estado general de salud del condenado.

ART. 149° (CONVERSION DE LA MEDIDA). La autoridad judicial puede convertir la medida de tratamiento especializado, entregando a los responsables sociales a quienes legalmente les corresponda hacerse cargo de ellos. Si no se cumplen las condiciones impuestas, la medida convertida debe hacerse efectiva.

(EXTINCION DE LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO ESPECIALIZADO). Si el condenado huyere o se fugare y es reaprehendido, la condena debe ser considerada extinta, si ya no tiene necesidad de ella.

CAPITULO OCTAVO. DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE INFLUYEN EN LA INDIVIDUALIZACION E IMPOSICION DE LAS SANCIONES PENALES.

ART. 150° (CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES). Para graduar la punibilidad simple y determinar en qué proporción debe ser aplicada, la autoridad judicial debe considerar que atenuan la pena las circunstancias que en este artículo se enumeran.

I. El arrepentimiento activo y eficaz, es aquel que se da enseguida de la comisión de la conducta delictuosa, haciendo lo posible por reparar o compensar el daño, o bien proporcionando al ofendido la ayuda necesaria.

II. La compensación del daño anterior a la sentencia, que evidencia también un arrepentimiento y la disposición del delincuente para reparar o compensar los daños o perjuicios que hubiere causado.

III. La presentación voluntaria ante la autoridad ministerial, que deja entender el deseo de que se actúe legal, legítima y justamente, toda vez que el delincuente no evade su responsabilidad.

IV. La confesión, que debe ser espontánea, rendida ante la autoridad ministerial y sin que el delincuente se retracte o modifique lo substancial.

V. La provocación proporcional al delito, que es la reacción que puede tener cualquier persona y complementa el deseo de sancionar a quien provoca intencionalmente la ofensa a sus bienes jurídicos.

VI. La vindicación inmediata a una ofensa grave, es el complemento de la anterior, con el requisito de que la respuesta sea inmediata, para evitar la concurrencia de alguna circunstancia calificativa.

VII. Todas aquellas que, a juicio del juez, disminuyan el grado de reprochabilidad de la conducta, porque ya dije que se es culpable aunque el reproche sea mínimo, porque la culpabilidad no admite grados. El reproche si que es susceptible de graduación e influirá en la individualización e imposición de las penas.

(EVALUACION). El juez evaluará las circunstancias anteriores y determinará en qué casos proceden y en qué medida atenuan la punibilidad a imponer. Este es el parámetro con el que normalmente los juzgadores miden la peligrosidad de los capaces, que yo desterré de mi Catálogo.

ART. 151^o (CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES). Para graduar la punibilidad simple y determinar en qué proporción es aplicable, la autoridad judicial debe considerar que agravan las penas las circunstancias que en esta disposición se mencionan y que se califican como generales, en virtud de que funcionan para cualesquiera de los delitos.

I. Obrar con mezquindad o con enajenamiento, si el delincuente actúa de esta manera, la autoridad judicial debe considerar que su ofensa es más grave, como aquél que mata a sus abuelos para heredar y además, los "destaza".

II. Emplear medio peligrosos, porque no solamente se ofende el bien jurídico de una determinada persona, sino que se ponen en peligro otros.

III. Aprovechar confusión, desorden o catastrófe pública, porque los bienes jurídicos se encuentran en un desahucio mayor.

IV. Cometer el delito en lugar cerrado, desprotegido o habitado, porque de esta forma el ofendido está imposibilitado para lograr ayuda y el delincuente busca la impunidad.

V. Procurarse de cualquier forma la impunidad, porque se evade la acción de la justicia, como aquél que ser disfraz.

VI. Cometer el delito bajo renuencia, porque revela carencia de principios éticos, que atenta contra la estructura social.

VII. Hacer uso de drogas para determinarse a cometer el delito, porque en estas condiciones el delincuente no tiene pleno dominio de sus actos y puede cometer más daños y de mayor gravedad. Además, revelan una tendencia delictuosa alta.

VIII. Ejecutar el delito con menosprecio a las condiciones del ofendido, del lugar o de la autoridad, circunstancia que también demuestra ausencia de principios éticos, que es la base de la criminalidad.

(EVALUACION). Estas circunstancias serán calificadas por la autoridad judicial para determinar en qué forma modifican las sanciones, salvo que en el delito-tipo haya previsión especial y podrá determinar otras agravantes por analogía.

ART. 152^o (CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECIALES). Consideré que era muy importante asentar estas circunstancias agravantes que tienen mayor especialidad, aunque funcionan para todos los delitos y no solamente para las lesiones y el homicidio. Son la premeditación, la alevosía, la ventaja, la traición, la pandilla y la cuadrilla y quedan mejor ubicadas en la parte general. Serán operantes en aquellos delitos que por su esencia, los admitan. No creo que haya ocurrido alguno para calificar un robo como premeditado, o una violación con alevosía, ventaja, traición, etc.

I. Premeditación, fue definida tomando en cuenta la reflexión que es suficiente como para planear el delito, lo cual debe ser motivo de prueba.

II. Alevosía, aquí únicamente se habló de la sorpresa (que desde luego es dolosa) y de procurar un estado de indefensión (que es el fin de la sorpresa).

III. Ventaja, que atiene a la superioridad de cualquier índole: De habilidad, destreza o física, o bien al debilitamiento de la defensa.

IV. Traición, atendi nada más a la violación de la fe o de la seguridad que el ofendido espera del delincuente, por sus relaciones personales, que pueden ser familiares, amistosas, laborales, domésticas, médicas, etc.

V. Pandilla, extraje una figura de la parte especial que estaba como un semi delito-tipo, para crear una circunstancia agravante, limitada con el previo acuerdo, para evitar las injusticias de considerar a la pandilla como cualquier cosa.

VI. Cuadrilla, esta es una especie de pandilla, que se diferencia por el empleo de las armas.

ART. 153^o (PUNIBILIDAD PARA LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECIALES). La presencia de una de las calificativas va agravando la punibilidad simple en una cuarta parte. En los casos de delitos con más de cuatro calificativas debe ser impuesta la pena de muerte, porque estimo que un sujeto que actúa de esa manera, no se presta para intentar su rehabilitación.

CAPITULO NOVENO. DEL CUMPLIMIENTO DE LOS BENEFICIOS PENALES.

ART. 154^o (CUMPLIMIENTO DE UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD CONVERTIDA). Cuando no se cumpla con las condiciones que la autoridad judicial impuso para el otorgamiento de un beneficio penal, la pena privativa de libertad corporal debe ser cumplida. Por ello, los llama beneficios y no substitutivos, porque no substituyen la pena únicamente a convertirse en otra, pena menos severa, dejando la posibilidad de que la pena substituida se revierta, si no se cumplen los requisitos impuestos.

(SUSTITUCION DE LA PENA PARA LOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD). A los menores de dieciocho años pueden ser entregados a quienes legalmente les corresponda hacerse cargo de ellos, substituyéndoles la pena privativa de libertad corporal.

ART. 155º (REQUISITOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LOS BENEFICIOS PENALES). Todos estos requisitos deben ser cubiertos para que la autoridad judicial pueda otorgar un beneficio penal. No son requisitos excesivos porque debe pensarse en la seguridad social. Se pide que sean penas que no rebasen los cinco años, ya que eso demuestra que la ofensa no fue tan grave; que se trate de un infractor o de un primer delincuente, porque esto significa que la persona ha actuado dentro del marco de normatividad en su conducta pasada; desde luego, también cuentan los delitos con intención indirecta o culposos, porque esos efectos son los mismos que los del dolo; que se trate de un solo delito, ya que la ofensa es menor; que se pruebe que la tendencia a delinquir es baja, porque si no, significa que el delincuente necesita del tratamiento para rehabilitarlo socialmente; que satisfaga o comprometa la compensación del daño, porque no voy a beneficiar al delincuente, desamparando al ofendido y que se otorgue caución, para que se comprometa el comportamiento futuro.

(ARBITRIO JUDICIAL). Solamente el juez natural puede decidir si otorga o no los beneficios penales, porque es él quien impone las penas y tiene conocimiento directo de la verdad delictiva. ¿Qué es eso de darle al condenado varios beneficios para que escoja? Lo quita al juez toda su función jurisdiccional y sus facultades así es que tampoco la autoridad ejecutora debe intervenir en esto. Si el juez de primera instancia no otorga un beneficio penal y motiva adecuadamente su decisión, nadie más puede hacerlo.

ART. 156º (SEMI-LIBERTAD). La semi-libertad comprende períodos alternados de reclusión o extermación durante la jornada laboral, la autoridad judicial debe comprobar que el condenado trabaja, si no, no tiene a qué salir y debe preferirse otro beneficio, para ponerlo a trabajar en la cárcel.

(ARBITRIO JUDICIAL). Solamente el juez decide qué modalidad de la semi-libertad impone.

ART. 157º (TRABAJO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD). El horario del trabajo en favor de la comunidad debe ser diferente al que representa la principal fuente de ingresos del condenado y de sus dependientes económicos; así, si tiene tres empleos, no podrá decir que no le alcanza el tiempo para cumplir con la sanción.

(FORMA DE REALIZARLO). A pesar de que el condenado a una pena privativa de libertad corporal queda suspenso en los derechos civiles que tenga que ejercitar en libertad y los laborales pertenecen a esta categoría, no se lo humillará ni degradará al prestar el trabajo en favor de la comunidad. Puede trabajar en lo que el juez disponga, prefiriendo el área en la cual está especializado.

ART. 158º (FORMA DE APERCIBIR Y AMONESTAR). La autoridad judicial debe hacer su apercibimiento o su amonestación en audiencia pública, que no significa que cite a toda la comunidad. Hará hincapié en los aspectos que motivaron el reproche, aunque sin humillar al condenado.

ART. 159º (CAUCION). El juez está facultado para decidir el término, el monto y la forma en que el condenado otorgará la caución.

(MODALIDADES DE LA CAUCION). La caución es el término genérico para denominar la garantía penal, sus modalidades son la fianza y el depósito.

CAPITULO DECIMO. DEL CESE DE LA PRENSION PUNITIVA ESTATAL.

ART. 160º (DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO). En los casos del desistimiento y el arrepentimiento de la ofensa contra bienes jurídicos disponibles, a pretensión punitiva estatal debe cesar en sus efectos de ejecución de las sanciones; es decir, que debe seguirse toda la secuela del procedimiento, inclusive la imposición de las sanciones; empero, no serán ejecutadas, observando a esta figura por el lado lamable, al estarse que quien se desista o arrepiente, es porque ha comprendido que su conducta no era la adecuada a la normatividad jurídica.

(IMPEDICENCIA DEL ABORTO). La pretensión punitiva estatal cesa en todos sus efectos, en los casos de aborto causado culposamente por la persona embarazada; es decir, que ni siquiera debe ser iniciada la averiguación previa, al menos que pueda presumirse que existe el delito.

ART. 161º (DELITOS CULPOSOS EN CONTRA DE FAMILIARES). Tampoco será ejecutada la sanción en los casos de lesiones, homicidio o aborto, causados por culpa leve en contra de los familiares. Es un motivo sentimental, aunque considero que el delincuente ya tiene bastante con la pena moral que lo embarga.

(EUTANASIA). Tampoco será ejecutada la sanción en el delito de eutanasia, si el delincuente fue pariente en primer grado y en línea recta del ofendido.

LIBRO SEGUNDO.

DE LA PARTE ESPECIAL.

TITULO PRIMERO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LOS BIENES JURIDICOS DE LAS PERSONAS.

CAPITULO PRIMERO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA VIDA Y LA SALUD PERSONALES.

ART. 162º (HOMICIDIO). Conservé la definición tradicional en esencia, porque cumple con los objetivos por la tipificación de la punibilidad (PUNIBILIDAD) la punibilidad correspondiente al homicidio simple intencional, fue aumentada, atendiendo a que el robo, que protege un bien jurídico de menor entidad, podía alcanzar una sanción mayor y no era de justicia.

ART. 163º (EUTANASIA). Tipifiqué la eutanasia, tomándola como un tipo especial imprivilegiado, considerando que el fin que mueva al sujeto que priva de la vida a otro, sea únicamente el de evitarle una agonía prolongada y no por motivos bastardos o mezquinos, como serían el de heredarlo o el de darle el tiro de gracia. No voy en contra de los avances de la ciencia médica, aunque si la persona ya está desahuciada y solamente vive en calidad de vegetal, no hay por qué prolongarle sufrimientos a ella o a sus familiares, que ya tendrán bastante con la pena de perderla. Por ello se sanciona en una forma benigna, previendo además, que no solamente lo da muerte los familiares, sino el médico o la enfermera, por ejemplo. Para los parientes en primer grado en línea recta hay una excusa absolutoria en el segundo párrafo del artículo 161º

ART. 164º (PARRICIDIO). Es un tipo especial cualificado; se habla de cualquier pariente, del cónyuge o del conviviente (concubinarios y concubinas), porque no quisiera crear un tipo autónomo con la misma esencia. El dolo específico lo concipí así: "a pesar de concurrir el parentesco" y no, sabiendo-lo, porque estimo que la redacción antigua daba lugar al delito culposo y de lo que se trata es de que solamente pueda ser cometido con dolo y con dolo específico, ya que sin alguno de los dos, solamente habría homicidio.

ART. 165º (INFANTICIDIO). También lo consideré un tipo especial cualificado, porque no veo el motivo para concederle un privilegio a quien da muerte a un infante. En todo caso, el país necesita más de esa sangre nueva y además de los niños es de esperar la permanencia de la especie. Aquí hablo de un parentesco consanguíneo en línea recta descendente. Amplio la referencia temporal a los doce años y menciono el dolo específico, en los términos del artículo anterior

(PUNIBILIDAD). La pena es más grave que la del parricidio.

ART. 166º (INDUCCION O AYUDA AL SUICIDIO). Por no ser la vida un bien jurídico disponible, es sancionada la determinación o el auxilio al suicidio.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). La figura se agrava cuando se trate de un menor de dieciocho años de edad, un incapaz de comprensión y/o conducción o un anciano, tratando de proteger especialmente a quienes lo necesitan.

ART. 167º (ABORTO). Procuré una definición más técnica y acorde a la naturaleza del delito que, además, incluye a los abortos punibles y a los no punibles. Protege además de la vida y la salud, al derecho a la maternidad y a la sanidad de la estirpe, porque la persona puede decidir en qué momento tiene un hijo y evita a los niños no deseados, que únicamente vienen a sufrir. La redacción incluye todos los tipos de aborto, dando un margen de liberalidad que era exigido en algunos de los sectores de la sociedad. Doy un plazo de tres meses para la práctica libre del aborto consentido; sin el consentimiento de la persona embarazada o de sus legítimos representantes, todos los abortos son punidos.

Esto significa un avance en la sociedad y no un ataque a la moral y a las buenas costumbres. Si, sin embargo, a mí me importa muy poco la opinión de la iglesia, porque no debe tener injerencia en la vida política del país; en lugar de tanto ataque a las decisiones gubernamentales, que se ponga a prodigar caridad a quienes lo necesiten. La decisión política de liberar y regular bien el aborto, se hace muy necesaria por las condiciones sociales, económicas y de salud de la sociedad. La realidad nos demuestra que, a pesar de la opinión de la iglesia y de la opinión estatal que imperan, el aborto sigue realizándose en forma clandestina, con peligro para la vida y la salud de la persona embarazada. La liberación permitirá que el aborto sea bien ejecutado, que no ponga en peligro bienes jurídicos y que no provoque mujeres inservibles, por culpa de los "espanta-cigóteras" que, además de que actúan en la clandestinidad, no saben hacerlo bien o son descuidados.

(PUNIBILIDADES). Se da diferente pena para los diversos casos que pueden presentarse. Agravo los abortos que se hagan después de los tres meses del margen de liberalidad o contra el consentimiento de la persona embarazada, a la cual se la castiga más severamente, si consiente su aborto fuera del tiempo límite o se lo provoca, atendiendo a que se le brindó la posibilidad de hacerlo bien y sin correr riesgos.

ART. 168° (LESIONES). Procuré evitar la torpe e inútil redacción del Código de 31, casuística por demás, y buscar una más acorde al criterio de la OMS. Se hizo solamente de la alteración en la salud, comprendiendo la física y la psíquica.

(PUNIBILIDADES). Decidí que era mejor incluir todas las hipótesis en el mismo delito-tipo, enumerándolas en sendas fracciones. Incluí nuevos supuestos y en algunos casos, agravé las punibilidades actuales.

CAPITULO SEGUNDO. DE LAS REGLAS PARA LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA VIDA Y LA SALUD PERSONALES.

ART. 169° (CIRCUNSTANCIA ATENUANTE). Preveo la atenuante de la rifa para los delitos de homicidio, aborto y lesiones. La define como la contienda de obra aceptada. El delito cometido en rifa debe ser sancionado con la mitad de la punibilidad simple, sin que importe la calidad de provocador o provocado, puesto que los dos consistieron en la rifa.

(INCORPORAENCIA DE LA RIFA). No procede alegar la rifa en los delitos de eutanacia, parricidio, infanticidio o inducción o ayuda al suicidio, por su propia naturaleza.

ART. 170° (PRESUNCION DE AGRAVAMIENTOS). Esta presunción es de pleno derecho. Da lugar a que pueda ser imputada la pena de privación de la vida, en atención a su gravedad.

(DELITOS AGRAVADOS). También serán considerados como delitos calificados aquellos que sean en contra de la vida y la salud personales y consecuencia de: Secuestro, retención condicionada, raptó, violación, asalto, robo y de los delitos en contra de la seguridad social en materia de salud.

(DELITOS QUE HAGAN PELIGRAR LA SEGURIDAD SOCIAL). Se prevé una agravante de la tercera parte de la punibilidad simple, cuando los delitos en contra de la vida y la salud personales ocasionen un peligro común.

ART. 171° (SANCIONES ADICIONALES). Previ la suspensión o privación de derechos en determinados casos, que son las relaciones civiles y médicas.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). A los menores de dieciocho años de edad, incapaces de comprensión y/o conducción y ancianos se les brinda una protección especial.

(SANCIONES ADICIONALES). En los delitos en contra de parientes, se priva al responsable del derecho a heredarlos.

ART. 172° (LESIONES QUE DERIVAN EN HOMICIDIO). Para las lesiones que derivan en homicidio se da un margen de sesenta días para que pueda ser aplicada la pena del último delito, que es un término adecuado para que sea efectiva la relación de causalidad.

(REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD). En este caso, las lesiones deben haber sido clasificadas como de aquellas que ponen en peligro la vida.

ART. 173º (PREVISIONES ESPECIALES PARA EL ABORTO). La liberalidad del aborto está reglamentada, fue limitada con una referencia temporal de tres meses, que es el margen adecuado para que la persona embarazada no corra riesgos y evitar la ofensa a otros bienes jurídicos. Solicito el consentimiento de la persona embarazada porque es la única que puede tomar la decisión, o bien de sus legítimos representantes, en su caso. También es preciso que intervenga un médico gineco-obstetra, que es el único que verdaderamente está habilitado para realizar esas prácticas, por su conocimiento del organismo de la mujer y de la forma de realizar el aborto; no se vale que intervengan los pasantes de medicina. Por las mismas razones de seguridad, se habla de todas las provisiones adecuadas en cuanto al lugar, los materiales y la higiene. La pretensión punitiva estatal cesa en todos sus efectos, si estas provisiones se cumplen.

(ABORTO REALIZADO POR PERSONA QUE NO SEA MEDICO GINECO-OBSTETRA). Para los que no son médicos gineco-obstetras, se prevé la misma sanción que para la mujer que procura su aborto, que es la más grave, para evitar que los torpes "empaña, cigüeñas" hagan su agosto.

CAPITULO TERCERO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA LIBERTAD PERSONAL.

ART. 174º (PRIVACION DE LA LIBERTAD PERSONAL). Se habla de libertad personal, atendiendo únicamente a la de locomoción. Se prevén dos hipótesis: En cualquier lugar, para abarcar las detenciones de la policía judicial con orden de aprehensión, cuando no ponen al detenido a disposición de la autoridad judicial, y sin orden de autoridad competente, que es la que realizan los particulares (mismas policías). (PUNIBILIDAD). Se prevé una sanción simple cuando la detención no pasa de setenta y dos horas, y se agrava por cada veinticuatro horas o fracción que exceda de la mitad.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). También se agrava una cuarta parte más, en determinadas circunstancias.

ART. 175º (SECUESTRO). Se forma un tipo especial cualificado, cuando se priva de la libertad personal a otro, con un fin específico; lo cual nos indica que este delito solamente puede ser cometido en forma dolosa, en virtud de que requiere de la presencia de este tipo de intención.

ART. 176º (INTENCION CONDICIONADA). También da lugar a un tipo especial cualificado, en el cual la privación de la libertad personal se da en los centros de salud o en las agencias funerarias, pretextando deudas que son de carácter civil.

ART. 177º (APROVECHAMIENTO DE INFERIORIDAD). Es un delito-tipo especial cualificado, en el cual el delincuente se aprovecha de las condiciones de inferioridad del ofendido, para privarlo de la libertad o convertirlo en su sirviente.

ART. 178º (TRATA DE PERSONAS). La trata puede ser realizada de tres formas diferentes, que protegen bienes jurídicos diversos: 1. Para ejercer la prostitución (libertad sexual). 2. Para que lo empleen sin su consentimiento (libertad de trabajo). 3. Para que lo priven de su libertad (libertad personal o de locomoción); con diversas hipótesis de comisión.

ART. 179º (RAPIO). Este es un tipo especial cualificado con relación a la privación de libertad personal. Se habló de la retención y la sustracción, por la incapacidad que tienen los juristas para entender la conducta del rapto y poder diferenciarla del apoderamiento del robo. Se prevén dos medios de comisión y tres finalidades. Quedó ubicado en este capítulo, por tratarse de una de las modalidades de la privación de libertad personal, que a la vez afecta a la libertad sexual, por ello se precisa que la persona sea mayor de dieciocho años. Se diferenció entre el rapto de mayores y el de menores, por ser diversos los bienes jurídicos tutelados. En cuanto al sexo, el rapto no se enfoca únicamente a proteger a la mujer, sino también al hombre, porque uno hay razón para desampararlo. Es obvio que cuando sea con la finalidad de casarse, solamente puede ser entre hombre y mujer, porque hasta el momento, nuestras leyes no permiten otra cosa. En los demás casos puede ser entre personas del mismo sexo, ya ven como ha cambiado la vida.

Ahora bien, distingo tres fines: 1. Satisfacer un deseo erótico. 2. Tener una relación sexual. 3. Casarse. Al deseo erótico, le quitó lo sexual, porque no puede ser de otra naturaleza; se habla de relación sexual, ya que la copula sólo puede darse entre hombre y mujer y además, así abarcamos la fallatio in ore y con relación sexual se nos presenta un panorama más amplio,

Prevé estas tres situaciones, para evitar la impunidad porque, debido a los fines, no es posible asemejar este delito con la privación de libertad, el secuestro o la violación sexual y esto ocurre muy frecuentemente en la práctica forense, por ejemplo, cuando el rapto se queda en grado de tentativa, o bien se piensa que puede coexistir con la violación sexual o el estupro, lo cual es antiético.

Se prevé como punibilidad adicional el pago de alimentos para la persona ofendida y el hijo que resulte, a título de compensación del daño, en virtud de que es preciso un mayor amparo para los ofendidos de este delito.

ART. 180º (VIOLACION SEXUAL). Vario la denominación usual, toda vez de que no tengo un capítulo dedicado a los "delitos sexuales" y existen otros ilícitos que conllevan en su nombre el término "violación", como lo sería la violación de correspondencia, por ejemplo. En los medios de comisión hablo únicamente de la violencia porque, quien sepa, entiende que puede ser física o moral, en las cosas y en las personas. Suprimí lo de "cópula", dado que ésta sólo puede realizarse entre el hombre y la mujer, y la frase "relación sexual" es más amplia, abarcando los ayuntamientos homosexuales.

En alguna ocasión escuché que en el televisor una asociación pro mujeres violadas manifestó que tenían la idea de elaborar un pliego petitorio para mandarlo al Congreso, para que la violación sexual fuese incluida en los delitos en contra de la vida y la salud personales, considerando que no era exacto que afectase la libertad sexual, lo cual me sonó muy desacertado. No la ubiqué en ese capítulo precisamente para brindar una mayor sanción a las personas violadas (no solamente a las mujeres), porque solamente en los casos en que es ejercida la fuerza física, y no en todos sucede, quedan huellas de violencia que pueden ser clasificadas como lesiones y si las hay, en la mayoría de las veces son clasificadas como de aquellas que por su naturaleza no ponen en peligro la vida y que tardan en sanar menos de quince días, cuya sanción es muy benigna y por su naturaleza y gravedad, la violación sexual requiere una punibilidad mayor.

Ahora bien, si se trata de violencia moral, ¿para qué hacemos inocentes?, si es muy difícil comprobar el daño psíquico, aunque bien sepamos que se da, porque generalmente se presenta como una secuela a futuro y de esta manera, el violador sexual quedaría impune. Luego entonces, es mejor ubicarla en el lugar de los delitos que afectan a la libertad sexual, con una punibilidad ya grave de por sí, que no es la máxima, para permitir el juego de las agravantes particulares. Así, queda abierta la posibilidad de que sea integrado un concurso de delitos, si hubiera dano físico o moral, que es otro motivo que agrava la punibilidad. Así, la protección punitiva se hace más amplia y queda satisfecho el reclamo social.

La punibilidad fue determinada de tal manera que, el violado sexual no obtenga su libertad provisional ni cuando el delito quede en grado de tentativa. Fue limitada a los veinticinco años de privación de libertad corporal, para permitir el juego de las circunstancias agravantes y porque la violación sexual en menores tiene determinada una penalidad mayor.

También la protección a la persona ofendida se refleja en la compensación del daño, quedando el violador sexual obligado al pago de alimentos a ella y al hijo que resultare, como en el rapto, quedando más que satisfechas las pretensiones sociales.

ART. 181º (PUNIBILIDAD AGRAVADA EN LA VIOLACION SEXUAL). En los casos en que se viola sexualmente a los imposibilitados de coacción y/o conducción, la punibilidad se agrava. Aquí quiero recalcar el hecho de que se abarcan todos los casos, desde las anomalías mentales permanentes, hasta los casos en que el ofendido está drogado.

(VIOLACION TUMULTUARIA). Aquí la situación es muy drástica, porque el delito de violación sexual ya es de por sí muy grave y será sancionado como cometido con todas las agravantes y debe imponérsele la pena de privación de la vida.

(PUNIBILIDAD ADICIONAL). La punibilidad simple es agravada, si el violador sexual guarda alguna relación personal con el ofendido.

ART. 182º (ABUSO SEXUAL). Quité la denominación de "atentados al pudor", porque me parece impropia para denominar a esta figura, siendo que el pudor se refiere a una cosa intangible, de la cual se tiene una noción muy antigua. La figura fue diseñada para el caso de la que es realizada en contra de impúberes y menores de dieciocho años en el apartado de los delitos tipo en contra del normal desarrollo biopsicosexual. Se habla de las hipótesis de realizar o inducir a ejecutar un acto erótico.

Se da un margen de punibilidad muy amplio, en atención a la gravedad que puede revestir el delito. Las condiciones de inferioridad requieren de una protección especial en la punibilidad.

ART. 183º (ABUSO DE DERECHO SEXUAL). Con este delito-tipo se protege la libertad sexual y tiene dos hipótesis de comisión. El margen de punibilidad es amplio, en atención a la gravedad que pueda tener cada hipótesis en concreto. Para las personas que se encuentran en una situación de inferioridad, hay una tutela especial.

ART. 184º (INSEMINACION ARTIFICIAL). Esta es una conducta que se presenta en forma frecuente, por lo cual el bien jurídico debe ser tutelado, para que pueda ser realizada dentro de los cánones legales. Para los médicos se prevé la suspensión de derechos. Hay una pena especial para los casos en que el ofendido sea menor, incapaz o anciano, o bien sea realizada con violencia o con engaño.

ART. 185º (ESTERILIZACION). La esterilización afecta a la libertad de reproducción y puede ser en forma temporal o definitiva. Hay una sanción adicional para los médicos. Diferentes hipótesis agravan la punibilidad.

ART. 186º (CASTRACION). Se diferencia de las lesiones que perjudican la función sexual, por la intensidad con la que es realizada.

CAPITULO CUARTO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA SEGURIDAD PERSONAL.

ART. 187º (SUSTRACCION O RETENCION DE INFANTES O INCAPACES). El "robó" de infantes puede ser realizado por sustracción o por retención. La incapacidad se refiere a las personas que tengan alguna anomalía mental permanente.

ART. 188º (ENTREGA DE INFANTES). La entrega comprende el dar y el recibir y se pide que sea a cambio de un beneficio, éste puede ser de cualquier naturaleza. La entrega sin el fin de obtener un beneficio, se hace a través de una Fundación. Cuando se trata de incorporar al menor a una familia y otorgarle los beneficios propios, sólo se sancionará con multa. No se deja impune esta última hipótesis, en virtud de que existen medios legales para obtener al menor.

ART. 189º (EXPOSICION DE INFANTES, ANCIANOS E INCAPACES). Es una conducta que protege la seguridad personal de los menores de edad, ancianos e incapaces, para que no sean entregados a establecimientos de beneficencia.

ART. 190º (ASALTO). Considero que la sorpresa es la esencia del asalto, el cual puede tener tres fines: 1. Causar un mal. 2. Obtener un lucro. 3. Lograr el consentimiento para cualquier otra meta. En los tres casos debe hacerse uso de la violencia.

ART. 191º (OMISION DE CUIDADO). Especifico que este es un delito de mera conducta, para que la jurisprudencia no lo integre exigiendo la causalidad del daño. El abandono no tiene un límite mínimo o máximo de tiempo, con poco; momentos de que se omite el cuidado, se integra el delito. La posición legal de garantía deriva de la obligación personal de la ley, que impone el tipo antes mencionado.

ART. 192º (OMISION DE AUXILIO). Se puede integrar de dos formas: 1. Dejar de prestar la ayuda. 2. Omitir dar el aviso a la autoridad. Estas son conductas alternativas. También es un delito de mera conducta, en el cual no importa la causalidad del daño. La posición legal de garantía es general y deriva de la ley penal.

ART. 193º (OMISION DE AUXILIO A ATROPELLADOS). Es un delito de mera conducta que requiere que el activo haya abandonado a quien atropelló y que no le preste o facilite ayuda. Recordemos que en este caso los dos anteriores, si hay causalidad del daño, éste le será imputado al agente como si lo hubiese producido, en virtud de que existe la posición legal de garantía. Su punibilidad es más grave que la de omisión de auxilio, porque la posición legal de garantía está fundada en un hacer precedente.

ART. 194º (AMENAZAS). Se habla de la alteración del estado anímico, atendiendo a que el mal anunciado debe ser grave; esto significa que de alguna forma la amenaza haga cambiar a la persona su estilo de vida, para cuidar que no le ofendan sus bienes jurídicos; es decir, que produzcan miedo, obsesión, intranquilidad, enfermedades psicoscénicas, etc.

ART. 195º Abarca cualquier tipo de secreto: Industrial, médico, profesional, etc. y se requiere de la causalidad de daños y perjuicios, o bien de que sean empleados en provecho propio o ajeno. (REVELACION DE SECRETOS).

ART. 195º (ALLANAMIENTO). La conducta se amplía a los vehículos, que pueden ser considerados como una extensión del domicilio; por ello se cambió la denominación del delito, dejándole sólo el término "allanamiento".

ART. 197º (PELIGRO DE CONTAGIO). Este es un delito de resultado cortado, el cual se integra con la sola puesta en peligro del bien jurídico tutelado, que es la seguridad en la salud. Aunque parezca contradictorio, puede haber tentativa del peligro de contagio, aunque solamente acabada o desistida.

ART. 198º (DELITOS EN CONTRA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE SALUD). Corresponde a una necesidad social, habida cuenta de que en los centros de salud públicos o privados, no se cumple con el deber de proporcionar atención a cualquiera que lo necesita. La primera hipótesis puede ser cometida por un médico, residente o encargado de la sala de urgencias, hacia un enfermo, lesionado, parturienta o cadáver. El caso de los cadáveres se prevé expresamente para los supuestos en que el fallecimiento ocurre en el traslado, sobre todo si en ese centro de salud no hay Agencia del Ministerio Público, porque los ambulantes o los familiares no van a andar danzando con el muerto. La segunda hipótesis impone un deber personal a quienes ejercen la medicina, para prestar sus servicios en casos de urgencia. La tercera es para los enfermeros y auxiliares que no ponen cuidado a las indicaciones del médico para el tratamiento. Además de la privación de libertad corporal, la punibilidad impone suspensión o privación de derechos.

ART. 199º (DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PERSONAL EN MATERIA DE SALUD, COMETIDOS POR MEDICOS). Se previeron cinco conductas diferentes, relacionadas con el abandono de los deberes de cuidado que son impuestos por médicos; con ello se pretende una mayor seguridad para los enfermos, los lesionados y las parturientas.

CAPITULO QUINTO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DEL HONOR PERSONAL.

ART. 200º (INJURIAS). Claro que tipifico las injurias; cualquier bien, inclusive el honor personal, es digno de la protección punitiva, si acredita la necesidad. No las voy a destipificar, simplemente porque son conductas que todos hacemos y ocurren a diario, provocando una carga excesiva de trabajo para los encargados de procurar y administrar justicia; ni modo, para eso están. Se prevé una pena alternativa mínima de privación de libertad corporal con otra un poco más grave de multa de uno quinientos días-multa, atendiendo a la gravedad del desprecio u ofensa. Si las injurias fueren recíprocas, sin importar su gravedad, el Agente del Ministerio Público está facultado para poner a los injuriadores a disposición del Juzgado Calificador, cesando la pretensión punitiva en todos sus efectos.

ART. 201º (DIFAMACION). La difamación comprende hechos falsos o ciertos y solamente puede ser dolosa, porque se habla del fin de causar daños y perjuicios al difamado, que puede ser una persona física o moral.

ART. 202º (CALUMNIA). Aquí la imputación debe ser de una conducta que constituya delito, sin que sea necesaria la causación de daños o perjuicios.

CAPITULO SEXTO. DE LAS REGLAS PARA LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DEL HONOR PERSONAL.

ART. 203º (SANCIONES ADICIONALES). El juez puede imponer el decomiso de documentos, con las excepciones que señalo.

(PUBLICIDAD ESPECIAL DE SENTENCIA). Cuando el delito sea cometido a través de los medios de comunicación social (radio, televisión o periódico), la directiva de la empresa debe quedar obligada a darle publicidad a la sentencia en su sección editorial; además, puede ser impuesta la suspensión, disolución o remoción de agrupaciones.

ART. 204º (EXCUSA ABSOLUTORIA). No será ejecutada la sentencia, si la injuria, calumnia o difamación tuvo por objeto defender o grantizar un derecho, cuando la imputación esté declarada cierta en sentencia de primera instancia, cuando la haya hecho una persona pública en el ejercicio de sus funciones, o bien si se trata de una crítica técnica.

ART. 205º (IMPROCEDENCIA DE LAS EXCUSAS). No beneficia alegar que solamente se repite lo que dijo otra persona o un medio de comunicación. **(RESPONSABILIDAD).** Si el ofendido prueba la existencia de una sentencia que lo absuelva y haya causado ejecutoria, la responsabilidad del difamador o calumniador queda vigente para ser analizada. **(RETRACCIÓN PÚBLICA).** Si hay una retracción que satisfaga al ofendido, cesa la pretensión punitiva estatal en sus efectos de acusación, lo cual quiere decir que solamente es válida cuando es realizada ante el juez.

CAPÍTULO SEPTIMO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA MORAL Y EL NORMAL DESARROLLO BIOPSIKOSEXUAL DE LAS PERSONAS.

ART. 206º (CORUPCIÓN DE MENORES). Se trató de proteger en todos sus aspectos el normal desarrollo biopsicosexual de los menores de dieciocho años de edad. Tal vez la tipificación sea un poco exagerada, aunque se ha convertido en una necesidad social el hecho de inculcar valores sólidos a las futuras generaciones, porque la pérdida de los mismos es la que ha provocado todos los problemas que sufre el núcleo.

ART. 207º (ESTRIBIO). Se protege el normal desarrollo biopsicosexual de hombres y mujeres menores de dieciocho años de edad, porque no hay razón para desmarcar a los varones. Para evitar los comentarios inútiles que provocan la seducción y el engaño, se habla de un beneficio o de una promesa de matrimonio. Para suprimir las sicusiones doctrinales acerca de la castidad y honestidad, las cambio por la expresión "que no haya sido iniciada en la vida sexual", lo cual sí puede ser probado fácilmente a través de un peritaje médico. Se prevé una pena alta, por la naturaleza del bien jurídico. La protección se amplía en la compensación del daño.

ART. 208º (VIOLACION SEXUAL A MENORES). Por razones similares a la violación sexual en adultos, se hace una provisión especial para los niños y los adolescentes. La punibilidad es más alta que en la violación sexual en adultos, por la delicadeza del bien jurídico tutelado.

ART. 209º (ABUSO SEXUAL A MENORES). A diferencia del abuso sexual en adultos, aquí no se habló del consentimiento, que es irrelevante, atendiendo a que los menores de dieciocho años de edad no pueden disponer de este bien jurídico. La punibilidad es más alta que en el abuso sexual en adultos, por la gravedad del ataque.

CAPÍTULO OCTAVO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA POSESION Y PROPIEDAD PERSONALES.

ART. 210º (ROBO). Quitó requisitos inútiles, como el "sin derecho", ya que si el activo tiene o cree tener el derecho, comete otro delito (ejercicio indebido del propio derecho), y el "sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley", porque el consentimiento del propietario o del legitimado para cederlo da lugar a una causa de justificación, conservó el tipo "apoderado", recordando que puede darse por sustracción o por retención y esta última es diferencia del delito de retención, porque en él se exige la tenencia. En el mismo tipo preveo el fin de dominio, uso y lucro, para ampliar la protección a los bienes jurídicos y evitar tautologías. La punibilidad es diversa, atendiendo a la cuantía de lo robado.

(VALOR DE LA COSA). Para determinar el monto de lo robado, debe tomarse en cuenta el valor de cambio que tenga la cosa en el momento en que las autoridades vayan a resolver. Esta decisión también corresponde a un reclamo social en beneficio de la persona ofendida, habida cuenta de que es injusto atender al valor que tenía la cosa en el momento en que fue robada. Por ejemplo, si se roban un automóvil que en 1975 me costó \$95,000.00 y en el año de 1988 se dicta la sentencia y me dan como compensación del daño esa cantidad, no me va a servir ni para una llanta y salgo perdiendo, por la conducta ilícita de un delincuente, que no tiene por qué ser beneficiado. En cambio, si se atiende al valor que tiene la cosa en el momento de la resolución, si me dan \$7'000,000.00, como que ya vale más la pena.

ART. 211º (PUNIBILIDAD PARA EL ROBO DE USO). La sanción es menor que para el robo con el fin de dominio, porque la gravedad del delito también lo es:

(APODERAMIENTO DE COSA PROPIA). También se pune el apoderamiento de cosa propia cuando se hace en tenencia de otra persona. **(APODERAMIENTO DE COSA PERDIDA).** También, para este apoderamiento se prevé las tres finalidades: dominio, lucro o uso, con una punibilidad acorde.

ART. 212º (ROBO AGRAVADO). Se prevén diversas hipótesis, que agravan al robo, incluyendo casos que funcionan en el campo, para no crear tipos especiales, como el abigeato, por ejemplo. A la punibilidad del robo simple con ánimo de dominio, uso o lucro y de cosa perdida, se le agrega una quinta parte por cada calificativa que concurra.

ART. 213º (ROBO DE ENERGIA O FLUIDOS). Se prevé un tipo especial privilegiado para el robo de luz, gas, energía nuclear, gasolina, etc. Su punibilidad es menor a la del robo genérico.

ART. 214º (FRAUDE). Se prevén como medios comisivos del fraude, el engaño y el aprovechamiento del error (acción y omisión). El verbo rector de "obtener", lo diferencia del robo y del abuso de confianza. Se habla solamente de cosa ajena, abarcando muebles e inmuebles. Se mencionan los fines de dominio, lucro o uso. Se dará en los mismos términos del robo, en atención a que las conductas son de idéntica gravedad.

ART. 215º (ABUSO DE CONFIANZA). Se mencionan los fines de dominio, lucro y uso. El verbo rector es "disponer"; se habla de cosa ajena, que puede ser mueble o inmueble. Como requisito típico que lo diferencia del robo y del fraude, se habla de la tenencia de la cosa. Su punibilidad se da en los mismos términos del robo.

ART. 216º (RETENCION) Este delito se integra con la tenencia de la cosa, que puede ser mueble o inmueble, ajena o propia, que no se entregue cuando sea requerido por el propietario o no la ponga a disposición de la autoridad.

(PUNIBILIDAD) Acorde con su naturaleza.

ART. 217º (LIBRAMIENTO SIN FONDOS) Abarca a cualquier título de crédito, no solamente al cheque; se requiere que el librador tenga el conocimiento de que será pagado por la persona o institución correspondiente, es decir que no haya fondos para cubrir su importe.

(PUNIBILIDAD) Tiene un mínimo y un máximo adecuados, para que se apliquen atendiendo a la gravedad de la ofensa (monto de lo defraudado).

ART. 219º (EXTORSION). Requiere el uso de la violencia (física o moral) sobre una persona, para que haga, deje de hacer o tolere una conducta en contra de sus posesiones o propiedades o las de un tercero, con ánimo de dominio, lucro o uso. Su punibilidad tiene un margen amplio entre el mínimo y el máximo, para ser aplicada de acuerdo con la gravedad del delito.

ART. 220º (USURA). Se trata también de un fraude específico, que sólo puede integrarse con el aprovechamiento de la necesidad, ignorancia o inexperiencia de la persona ofendida y obteniendo un beneficio económico superior al que debía dejar la operación o a lo que disponen los usos comerciales.

ART. 221º (DESPOJO). Se prevé para proteger los bienes inmuebles, los derechos reales y las aguas. Es muy importante recalcar que, como todos los delitos-tipo de este capítulo, protege la posesión y la propiedad, lo cual parte que, aunque los inmuebles no estén ocupados, gozan de la protección legal. Esta es una postura contraria a la que actualmente está en boga y que me parece injusta. También son tutelados los inmuebles que están en tenencia. Por ser una conducta frecuente, la punibilidad es alta, para tratar de frenarla y la pena se aplica aunque el derecho a la propiedad o posesión sea dudoso, puesto que nadie tiene derecho a apropiarse de lo que aparentemente no tiene dueño.

ART. 222º (DAÑO A LA POSESION Y PROPIEDAD PERSONAL). No sólo se prevé el daño a la propiedad o posesión ajena, sino también a la propia, cuando se causan daños o perjuicios a un tercero. Su punibilidad es igual a la del robo simple con ánimo de dominio o lucro, atendiendo al monto de lo dañado.

ART. 223º (ENCUBRIMIENTO RECEPTADOR). Prevé el encubrimiento que afecta a la posesión o propiedad personales, separándolo de aquel que lesiona a la procuración y administración de justicia. Hacia de la adquisición, del recibir o del ocultar o transferir los objetos o productos del delito, o bien de ayudar a otro para lograr esos fines. Su punibilidad es adecuada a la gravedad del delito.

CAPITULO NOVENO. DE LAS REGLAS PARA LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA POSESION Y PROPIEDADES PERSONALES.

ART. 224º (CASOS EN QUE NO PUEDA SER DETERMINADA LA CUANTIA). Siempre debe atenderse al valor de cambio que tenga la cosa en el momento de dictar la resolución, el cual sirven en unos casos para fijar la pena solamente y en otros, además, para cuantificar la compensación del daño. Si la cuantía no puede ser determinada y es relevante para individualizar la punibilidad (robo, fraude, abuso de confianza y daño a la posesión y propiedad personales), será aplicable la privación de libertad corporal de cuatro a diez años.

(SANCION ADICIONAL). Además, la autoridad judicial está facultada para imponer la pena de suspensión o privación de derechos, cuando lo estime justo.

ART. 225º (SANCION ADICIONAL EN EL DESPOJO). La intervención intelectual en el despojo es sancionada con mayor severidad.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA EN EL DESPOJO). Hay agravación de la punibilidad en determinados casos.

ART. 226º (PUNIBILIDAD AGRAVADA EN EL DESPOJO). Cuando el despojador realice una conducta ilícita con posterioridad al despojo, también debe agravarse su punibilidad.

ART. 227º (SANCIONES ADICIONALES EN EL ROBO Y EN EL DAÑO A LA POSESION Y PROPIEDAD PERSONALES). Cuando se robe o dañe una obra artística, científica o de utilidad pública, la pena será más grave.

(MEDIOS PELIGROSOS EN EL ROBO Y EN EL DAÑO A LA POSESION Y PROPIEDAD PERSONALES). Los medios peligrosos (incendio, inundación, minas, explosivos, etc.) dan lugar a la agravación de la punibilidad.

ART. 228º (DAÑO A LA POSESION Y PROPIEDAD PERSONALES CULPOSO). Cuando haya sido cometido con intención indirecta leve y menor de cinco cincuenta veces el salario mínimo general vigente, solo da lugar a la multa.

(DISPOSICION ESPECIAL). Se prevé el cese de la pretensión punitiva estatal en todos sus efectos, cuando el daño con intención indirecta leve o media, sea menor de cien veces el salario mínimo y sea compensado.

(b) TITULO SEGUNDO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LOS BIENES JURIDICOS DE LA SOCIEDAD.

CAPITULO PRIMERO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA FAMILIA.

ART. 229º (INCISIO). Se habla de parentesco en general (civil en todos los grados y por afinidad); de la relación sexual entre los parientes y de que se lleve a cabo a pesar de conocer el parentesco (solo específico). La punibilidad es más grave para los ascendientes, quienes se suponen con mayor grado de conciencia. Será más leve para los descendientes, hermanos y parientes afines.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Tratándose de menores de edad, imposibilitados de comprensión y/o conducción, violentados o engañados, hay una protección especial.

ART. 230º (INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PROPORCIONAR ALIMENTOS). Es un delito de mera conducta omisiva, que no tiene referencias temporales y se amplía la protección a todas las personas con quienes el delincuente está obligado y no nada más a los cónyuges y a los hijos. Su punibilidad es acorde a la gravedad del delito y prevé la privación o suspensión de derechos.

ART. 231º (CASO EN QUE RESULTA DAÑO). Si de este delito de mera conducta omisiva resultare daño de lesiones u homicidio, al responsable debe aplicársele lo dispuesto en el artículo 153º fracción IV, que es la punibilidad del delito cometido con cuatro calificativas especiales.

(COLOCACION EN ESTADO DE INSOLVENCIA U OCULTAMIENTO). Si el deudor alimentario se coloca en estado de insolvencia o se ocultare para eludir el compromiso (conducta dolosa), debe serle impuesto un tanto más de la punibilidad simple.

232º (ALTERACION DEL ESTADO CIVIL O LA FILIACION). Se prevén varias conductas para ampliar la protección al bien jurídico. Su punibilidad es acorde a la naturaleza del delito.

ART. 233º (BIGAMIA). Lo cometen el que está casado y contrae nuevo matrimonio y quien se case con él, solamente si conocía la situación.

ART. 234º (MATRIMONIOS ILEGALES). Lo cometen los que se casan, a pesar de saber que existe un impedimento no dispensable y quien los casa, a sabiendas. Se prevé en la punibilidad la suspensión o privación de derechos.

ART. 235º (ADULTERIO). Procuré encontrar una conducta típica para el adulterio, de la cual adolecen la mayoría de las legislaciones. Se habla de llevar a cabo un acto erótico o una relación sexual extramarital, siempre y cuando se provoque un escándalo o se realice en el domicilio conyugal.

CAPITULO SEGUNDO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA VIDA Y LA SALUD SOCIALES.

ART. 236º (GENOCIDIO). Es un tipo especial cualificado, en relación con el homicidio.

ART. 237º (LESIONES MASIVAS). Es un tipo especial cualificado, en relación con las lesiones.

ART. 238º (ESTERILIZACION MASIVA). Un tipo especial cualificado, en relación con la esterilización personal, con dolo específico.

ART. 239º (SOMETIMIENTO A UN GRUPO). Un delito que solamente puede ser cometido con dolo específico.

ART. 240º (VIOLACION DE LOS DEBERES DE HUMANIDAD). Se configura maltratando o atormentando a los rehenes de guerra, detenidos, procesados, sentenciados, enfermos, menores, imposibilitados de comprensión o conducción o ancianos, sin que sea necesario una ley especial para prevenir y sancionar la tortura.

ART. 241º (DELITOS CONTRA LA SALUD SOCIAL EN MATERIA DE DROGAS). Procuré una tipificación menos complicada que la actual. En lugar de la casuística de siempre, cultive, coseche, etc., digo "cualquier conducta relacionada con drogas", sin observar las disposiciones de la Ley General de Salud, puesto que no todas las drogas son prohibidas. Su punibilidad es alta, atendiendo a la gravedad del delito.

ART. 242º (PREVISIONES ESPECIALES). Drogas son cualesquier de los fármacos, inclusive los medicinales; sustancias, como thinner, acetona, cemento, etc.; plantas, como la marihuana; naturales, como el tabaco; elaboradas, como el alcohol embriagante, o procesadas, como la cocaína, que alteren la salud.

(IRREVOCADOS INTERNACIONALES Y NORMAS CONSTITUCIONALES). La Constitución Política y los Tratados Internacionales forman parte de la normatividad en materia de drogas.

ART. 243º (OTRAS PUNIBILIDADES). Se prevén punibilidades especiales para los adictos, tomando en cuenta el consumo de un día o de tres, el cual debe ser determinado por los peritos, en concierto con el grado de adicción.

ART. 244º (PUNIBILIDADES PARA NO ADICTOS). Cuando los no adictos posean o consuman drogas, les debe ser aplicada una punibilidad especial.

ART. 245º (DELITOS EN CONTRA DE LA SALUD SOCIAL EN MATERIA DE INHUMACIONES Y EXHUMACIONES). Se prevén varias conductas que pueden ser realizadas con fetos, cadáveres, restos o cenizas humanos y que afectan la salud social. La punibilidad es baja, en atención a la gravedad del delito.

ART. 246º (DELITOS ECOLOGICOS). Este es un tema que responde también a un reclamo social: El de conservar el medi ambiente y nuestra vida, que es un problema que requiere inmediata resolución, con medidas drásticas. Atendiendo al principio de la mínima intervención penal, pienso que ya han sido agotados los caminos diversos al punitivo y que es necesario poner un remedio radical con penas que, si no asustan, por lo menos ayudan en el aspecto de la prevención especial. La política de conformismo que ha adoptado el gobierno no ha disminuido ni un ápice el índice de la contaminación y ahora los

medios de comunicación social se dedican simplemente a lavarnos el cerebro, diciéndonos que en realidad no es tan grave un problema que nos está metando. Se han previsto conductas muy generales que, tal vez, nos afectan a todos, porque cada uno de nosotros en una pequeña medida, está contribuyendo a contaminar o envenenar nuestro entorno natural y estamos acabando con él. La punibilidad es grave, ya que el delito también lo es.

ART. 247º (DELITOS CONTRA LA SALUD SOCIAL EN MATERIA DE FARMACOS). Este también es un problema que atenta contra la salud social, puesto que los fármacos de empleo delicado se han vendido sin control, a pesar de las prohibiciones.

CAPÍTULO TERCERO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

ART. 248º (FURTO). Este es también un delito de resultado cotizado, que protege la seguridad social. Su punibilidad tiene un margen adecuado, para que en su imposición se atienda a la gravedad del delito.

ART. 249º (APOLOGIA). Se prevé una hipótesis nueva: El proselitismo de cualquier religión en lugares públicos, precisamente para garantizar la libertad de conciencia religiosa. No se le está prohibiendo a la gente adoptar la religión que más le agrade o le convenga, lo que se sanciona es que quieran determinar a otros a que se afilien a la propia. En los lugares autorizados (templos), no hay mayor problema, ya que la gente acude libremente y no se ve afectada la esfera de sus derechos.

ART. 250º (AGRAVACION DELICTUOSA). Se habla de un grupo temporal o permanente, que tenga por fin delinquir, ya que toda la reestructuración que intento para la ciencia jurídico-penal y este Proyecto, están basados en la finalidad. Esto limita mucho la valoración que hasta ahora se ha seguido en el ámbito de grupos delictuosos, incluyendo a la pandilla.

ART. 251º (DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS MEDIOS DE TRANSPORTE). Aquí prevé diversas conductas que pueden ser realizadas en, con y contra los medios de transportes. Su punibilidad tiene un margen amplio entre el mínimo y el máximo, para ser aplicada de acuerdo con la gravedad del delito.

ART. 252º (DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN LAS VIAS Y EN LOS MEDIOS DE COMUNICACION). Se regulan conductas que pueden ser cometidas en, con y contra las vías y los medios de comunicación.

ART. 253º (DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE OBJETOS). Aquí no pude evitar la casuística, para lograr una descripción más adecuada de los objetos que pueden ser materia de este delito.

ART. 254º (DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN LAS INSTALACIONES DE TRANSITO AEREO). Este tipo fue previsto para los casos especiales de contrabando y de los delitos en contra de la salud social en materia de drogas.

ART. 255º (DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE FARMACOS). Se reguló una conducta que se realiza en forma reiterada por los encargados de farmacias, a los cuales se les hace muy fácil cambiar las medicinas nada más con la ayuda del diccionario farmacéutico, sin verificar que realmente contengan los elementos necesarios para el tratamiento para el que fueron prescritas. Puede ser cometido en forma dolosa o culposa.

ART. 256º (DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL COMETIDOS POR MEDICOS). Este es un delito que no atenta contra el secreto profesional de los médicos, porque es más importante la salud social y es básica su inclusión en el catálogo, por problemas graves como el SIDA, por ejemplo.

ART. 257º (DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE ARMAS) En este artículo no se hace la descripción casuística de las armas que pueden ser objeto del delito, simplemente se menciona a las prohibidas. El margen entre el mínimo y el máximo de la punibilidad es amplio, previendo que pueden ser realizadas conductas graves, como el contrabando, el acopio, etc. Este es un delito que dará lugar a un concurso, si cualesquiera de las otras conductas típicas son realizadas utilizando armas.

ART. 258º (DETERMINACION DE LAS ARMAS PROHIBIDAS). Se le da su lugar a la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.
(OTRAS ARMAS PROHIBIDAS). Además de lo que realmente debe ser reconocido como arma prohibida, tendrán la misma categoría los instrumentos que solamente pueden ser utilizados para agredir, aunque hayan sido improvisados por el delincuente.

ART. 259º (USURPACION DE SERVICIOS). Para reafirmar la protección del derecho al trabajo de los mexicanos, menciona al extranjero que ocupa un servicio público y al mexicano que se lo dé. Además, la tutela de este delictivo se extiende a la seguridad del estado.

ART. 260º (USO DE UNIFORMES OFICIALES). Se prevé el respeto para los vestidos de las corporaciones oficiales, garantizando la seguridad social, al saber que esos uniformes solamente podrán ser utilizados por la persona autorizada.

ART. 261º (USURPACION DE HONORES). Este tipo lo prevé para procurar el respeto a los honores que deben ser ganados, no usurpados porque es frecuente ver personas que quieren tenerlos todos, pero sin que les cuesten el esfuerzo que merecen. La seguridad social queda a salvo, para que no nos presenten a un doctor que ni siquiera ha terminado la primaria, por ejemplo.

ART. 262º (USURPACION DE FUNCIONES Y DE PROFESIONES). Como la jurisprudencia solamente estima que este delito pueda darse si se ejercen las funciones o profesiones, se prevén tres hipótesis: Ostentarse, ofrecer públicamente los servicios propios o ejercer las actividades que pertenecen a las funciones o profesiones. La ostentación comprende el hecho de hacer gala de la función profesión, aunque se tenga.

ART. 263º (DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE DOCUMENTOS). Se prevén diversas conductas que pueden ser realizadas, tanto con documentos públicos como privados.

ART. 264º (DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE DOCUMENTOS COMETIDOS POR MEDICOS). Es una conducta que complementa a la anterior, aunque con sujeto activo exclusivo.

ART. 265º (DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE ORGANOS). Este también es un delito que corresponde a las necesidades sociales, en virtud de que el tráfico de órganos es una conducta reiterada, a pesar de las prohibiciones.

ART. 266º (DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE SANGRE). Las transfusiones de sangre se dan en forma frecuente, sin que hayan sido cubiertos los requisitos de sanidad y esta conducta ha adquirido mayor vigencia, por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida.

CAPITULO CUARTO. DE LOS DELITOS-TIPO LEN CONTRA DE LA LIBERTAD SOCIAL.

ART. 267º (ATAQUES A LA LIBERTAD DE REUNION O EXPRESION GRUPAL). Se prevén diversas conductas que atacan este bien jurídico.

CAPITULO QUINTO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA MORAL SOCIAL.

ART. 268º (PORNOGRAFIA). Previ determinadas conductas que tienen relación con objetos o actos pornográficos.

ART. 269º (LENOCINIO). Estas son conductas relacionadas con el comercio carnal.

ART. 270º (DELITOS CONTRA EL RESPETO A LOS MUERTOS). Se protege la moral social, previendo conductas que atentan contra el respeto a los muertos.

CAPITULO SEXTO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA PROCURACION Y ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

ART. 271º (FALSIEDAD ANTE LOS ENCARGADOS DE PROCURAR Y ADMINISTRAR JUSTICIA). Se previeron conductas relacionadas con la falsedad de hechos, datos o actos, ante los encargados de procurar y administrar justicia, que son cualquier persona que trabaje en uno de los centros propios para tal función, y no solamente los titulares.

ART. 272º (DELITOS COMETIDOS POR LOS ENCARGADOS DE PROCURAR Y ADMINISTRAR JUSTICIA). Estas son conductas contrarias a los fines de la procuración y administración de justicia cometidas por los servidores públicos que trabajan en esas áreas, comprendiendo cualquier jurisdicción.

ART. 274º (FRAUDE PROCESAL). Lo comete el que haga aparecer como suyo un documento que compruebe que otra persona entregó caución para obtener su libertad provisional o garantizar el cumplimiento de una obligación. Su punibilidad es mayor a la que se prevé en el delito-tipo anterior, en virtud de que aquí se traiciona además al servicio público.

ART. 275º (NEGATIVA A DECLARAR U OTORGAR PROTESTA LEGAL). Aquí se sanciona el incumplimiento de un deber legal. Es muy leve su punibilidad, en atención al delito.

ART. 276º (EVASION). Sólo será sancionada la evasión, si en el acto intervienen dos o más personas, se emplea violencia o se comete algún otro delito.

ART. 277º (LIBERACION O AUXILIO A LA FUGA). Se da cuando se libera o favorece la fuga de una persona. Para los parientes o las personas que guarden una relación de amor con el liberado o evadido no funcionará la exculpana de no exigibilidad de otra conducta, cuando ejerzan la violencia, actúen con personas que no tengan esa relación o cometan otro delito. La punibilidad se reduce si el responsable gestiona, para lograr la reaprehensión del evadido o liberado.

ART. 278º (LIBERACION TEMPORAL). Esta conducta puede ser realizada por cualquier servidor público que tenga a su cargo detenidos, procesados o sentenciados, para custodiarlos mientras estén privados de su libertad.

ART. 279º (ENRIQUECIMIENTO FAVORECEDOR). Se trata de sancionar cualesquiera de las formas de impedir el ejercicio de la pretensión punitiva estatal, o bien el logro de algún beneficio del delito.

ART. 280º (QUEBRANTAMIENTO DE UNA SANCION). Esta conducta puede ser cometida por cualquier persona, aunque no sea sancionada por los servidores públicos encargados de ejecutar las sanciones.

ART. 281º (EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO). Se trata de que el derecho sea ejercitado de propia autoridad, aunque no se emplee la violencia.

ART. 282º (DELITOS DE ABOGADOS POSTULANDES). Se prevé para pasantes, licenciados en derecho y defensores de oficio. Estas conductas además de atentar contra la procuración y la administración de justicia, atacan bienes jurídicos personales, por ello son consideradas como graves.

CAPITULO SEPTIMO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

ART. 283º (DELITOS CONTRA EL SERVICIO PUBLICO). Se previeron diferentes conductas, con el fin de proteger en forma amplia el servicio público.

ART. 284º (INTIMIDACION). Lo podrá cometer el servidor público que impida que otro delate las anomalías que tiene su servicio.

ART. 285º (CONCUSION). Se da cuando el servidor público se vale de su servicio, para exigir prestaciones indebidas.

ART. 286º (ABUSO DE AUTORIDAD). Se prevén tres fracciones distintas para este delito.

ART. 287º (EXCESO EN EL SERVICIO PUBLICO). Este delito puede darse del servidor público a sus subalternos, o bien cuando él mismo realice alguna conducta que no le ha sido atribuida legalmente.

ART. 288º (INFLUENCIA). Esta es una conducta que tiende a darle resolución al grave problema que existe en México, de crear que todo puede ser resuelto con una "palanca".

ART. 289º (EVASION). Esta es una conducta reiterada, sobre todo en los sectores policíacos, por ello la necesidad de tipificarla.

ART. 290º (APROVECHAMIENTO DEL SERVICIO PÚBLICO). Son conductas que corresponden a la necesidad de proteger al servicio público en todos sus aspectos.

ART. 291º (USURPACION DEL SERVICIO PÚBLICO). Es un tipo especial, en relación con la usurpación de funciones o profesiones, con la misma gravedad.

ART. 292º (INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL). Esta conducta de mera omisión, se configura dejando de prestar el servicio y la de mera acción, realizando alguno de los comportamientos para los cuales se está impedido.

ART. 293º (COHECHO). Para que el servicio público recobre su imagen de confiabilidad y honestidad, es necesario sancionar a los servidores y a los particulares que intentan el logro de algún fin ilícito, con dinero o por medio de cualquier otra prestación.

ART. 294º (PECULADO). El peculado es un tipo especial, con relación al abuso de confianza y solamente puede ser cometido por los servidores públicos.

ART. 295º (COALICION). La agrupación de los servidores públicos en contra del servicio, es sancionada. Este tipo de manera alguna atenta contra la libertad de sindicalización.

ART. 296º (RESISTENCIA A UN ACTO DE AUTORIDAD). Se ha tipificado el hecho de impedir que los servidores públicos lleven a cabo los actos que estén relacionados con su servicio.

ART. 297º (DESDEBIENCIA A UN MANDATO DE AUTORIDAD). Esta conducta será sancionada cuando se hayan agotado los requisitos que marca el principio de la mínima intervención penal. Sirve para darle un mayor respaldo a la autoridad de los servidores públicos. Obviamente que sólo puede ser realizada en contra de los servidores que gozan de esa autoridad.

ART. 298º (MALTRATO A LA AUTORIDAD). En un solo artículo se prevé la injuria, la difamación, la calumnia y la violencia a un servidor público. Para los efectos de este delito debe atenderse a las provisiones especiales para los delitos-tipo en contra del honor personal.

ART. 299º (QUEBRANTAMIENTO DE SELLOS). Se prevé una conducta genérica del quebrantamiento de sellos, que pueden ser de clausura, para el aseguramiento de bienes a disposición de las autoridades ministerial, judicial, ejecutora, administrativa, etc., aunque hubieran sido improvisados.

ART. 300º (VARACION DEL NOMBRE O DOMICILIO). Esta conducta también afecta al servicio público.

ART. 301º (CONCEPTO DE SERVIDOR PÚBLICO). Al hablar de la administración pública, es obvio que hago referencia a una jerarquía, que necesita precisamente, que el servidor público realice funciones de dirección, supervisión, control, auxilio, etc. en la administración, y no de intendencia, vigilancia o algo parecido. Si el servidor público cometiere algún otro delito, en el cual no sea requerida esa calidad, aunque en el ejercicio del servicio público o con motivo de él, el hecho de poseer dicha categoría agravará la punibilidad correspondiente.

CAPÍTULO OCTAVO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DEL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD.

ART. 302º (ACAPARAMIENTO). La situación económica por la cual atraviesa el país, hace preciso que se brinde una protección efectiva a los consumidores, que no han logrado la PROFECO y el INDECO; una vez agotados los requisitos que marca el principio de la mínima intervención penal, tiene que recurrirse a la punición de las conductas que provocan problemas en la sociedad. Por ello, dentro del acaparamiento prevé diversas conductas que pueden ser cometidas con las mercancías.

ART. 303º (FRAUDE DE MERCANCIAS). Son conductas que complementan la razón dada en el artículo anterior.

ART. 304º (FRAUDE EN EL MERCADO). Idénticas razones, con una punibilidad acorde a las conductas a punir.

ART. 305º (EXPORTACION O IMPORTACION FRAUDULENTA). Comprende toda clase de mercancías. Además de proteger al patrimonio de la sociedad, tutela el honor del estado, toda vez de que las conductas pueden repercutir en el extranjero. La punibilidad tiene un margen amplio, para que sea adecuada a la gravedad del delito.

ART. 306º (COALICION EN EL MERCADO). Se consideró necesario tipificar la conducta de agruparse, para atentar en contra de las mercancías y los servicios.

ART. 307º (DELITOS EN PRODUCTOS BASICOS O EN MATERIAS PRIMAS). Se elaboró esta previsión por las conductas reiteradas que se presentan en forma cotidiana con productos básicos y materias primas.

ART. 308º (DAÑOS A LA INDUSTRIA NACIONAL). Son varias las conductas que afectan a la industria nacional y han sido tipificadas en dos grupos.

ART. 309º (DELITOS EN LA PRODUCCION AGROPECUARIA). La protección penal se amplía al campo.

ART. 310º (EN MATERIA DE MONEDA). Se trató de prever el mayor número de conductas ilícitas, que pueden ser realizadas con las monedas nacionales o extranjeras.

ART. 311º (EN MATERIA DE JUEGOS DE AZAR). Esta previsión se hizo atendiendo al hecho de que hay juegos de azar que el estado permite y procuró incluir el mayor número de hipótesis posibles. Para determinar la punibilidad que va a imponerse, se atiende a la tendencia delictiva. La punibilidad es más grave para quienes demuestran una tendencia delictiva mayor.

ART. 312º (EN MATERIA DE TITULOS Y DOCUMENTOS DE CREDITO). Esta conducta fue prevista recordando que los títulos y documentos de crédito del estado merecen una protección especial.

(c) TITULO TERCERO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LOS BIENES JURIDICOS DEL ESTADO.

CAPITULO PRIMERO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA VIDA Y LA SALUD ESTATALES.

ART. 313º (TRAICION A LA PATRIA POR SERVIDORES PUBLICOS). El justificante de este artículo, es el hecho de establecer una punibilidad bastante grave para los servidores públicos que traicionan a su patria y al servicio que le deben, además de la confianza que la sociedad deposita en ellos. Las tres primeras conductas fueron previstas para encuadrar el comportamiento de todos aquellos servidores públicos que dispongan, obtengan, sustraigan o retengan el patrimonio de la sociedad, que entre paréntesis, no es del estado, sino del núcleo y a los representantes estatales les es transmitido en tenencia y no en propiedad, como han creído, llevándoles a su casa. Además se prevén otras conductas traidoras. La punibilidad es muy grave, por cierto, pero para la gente ruin no hay que tener consideraciones. Además, es la CPEUM la que permite imponer la pena de muerte al traidor a la patria.

ART. 314º (TRAICION A LA PATRIA). Son conductas de traición a la patria que pueden ser cometidas por cualquier mexicano.

ART. 315º (ENRIQUECIMIENTO INEXPLICABLE). Este delito-tipo complementa las primeras conductas de traición a la patria que pueden ser cometidas por servidores públicos. Se habla del destino ilícito de su situación patrimonial, comprendiendo solamente la ilicitud legal, porque el servidor público pudo haber adquirido los bienes a través de una conducta ilícita social, lo cual no es constitutivo de delito. Además, recalco que en este caso debe comprobarse que los bienes proceden del erario público. Para estos efectos se atenderá a lo que disponen las conductas anteriores de traición a la patria. Una presunción iuris tantum la constituye el hecho de que el servidor público no presente su declaración anual de modificación patrimonial o la presente alterada.

ART. 316º (TRAICION A LA PATRIA EQUIPARADA). Quien ayuda al servidor público traidor a disipar el destino de los bienes mal habidos, es responsable de traición a la patria y debe sancionárselo como traidor.

ART. 317º (ESPIONAJE). Estas conductas pueden ser cometidas por los extranjeros que traicionan la confianza de país que los acoge. La punibilidad es bastante severa, en relación con la naturaleza del delito.

ART. 318º (SEDCIÓN). Se trata de conductas realizadas por las agrupaciones que están en contra del estado, que son ejecutadas sin emplear armas y en contravención de la ley, que indica los cánones a seguir para cambiar la organización del estado.

ART. 319º (MOTÍN). Estas conductas se dan en contra de la autoridad del estado; en el concepto de autoridad, se comprende a cualquier servidor público que goce de imperium, para hacer cumplir sus determinaciones.

ART. 320º (REBELIÓN). Es el complemento de la sedición, cuando las conductas son realizadas por una agrupación violenta o armada.

ART. 321º (CONSPIRACION). Se da en las personas que intervienen en la sedición, el motín o la rebelión, en calidad de intervertores en acuerdo, plan, preparación o intento de esos delitos.

ART. 322º (SABOTAJE). Se da en contra de los servicios públicos, con el fin de desestabilizar la vida económica o política del país.

CAPITULO SEGUNDO. DE LAS REGLAS PARA LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA VIDA Y LA SALUD ESTATALES.

ART. 323º (DELITOS POLITICOS). Se enuncian los delitos que serán incluidos en la categoría de los políticos. en la rebelión y en el motín cesa la pretensión punitiva estatal en sus efectos de imposición de penas, por los delitos de lesiones u homicidio que en ellos se cometan.

ART. 324º (DESISTIMIENTO). Si los presuntos responsables de los delitos de sedición, motín o rebelión no los consuman por causas propias, la pretensión punitiva estatal debe cesar en todos sus efectos. Para los servidores públicos hay una sanción especial.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Para los servidores públicos hay una sanción especial.

ART. 325º (PIRATERIA). Fueron reguladas diversas conductas que protegen las naves aéreas, marítimas o espaciales.

(PUNIBILIDAD). Acordé con la naturaleza del delito.

ART. 326º (PIRATERIA). Fue estipulada para complementar la previsión anterior.

(PUNIBILIDAD). Se consideró adecuada una punibilidad más benigna para los piratas que no forman parte de la tripulación de las naves.

ART. 327º (CONSUMERA). Se estimó necesario regular las conductas relacionadas con el corso.

(PUNIBILIDAD). Adecuada dal delito.

ART. 328º (VIOLACION DE LOS DERECHOS). Es una conducta estipulada para proteger el honor del estado, cuando ha otorgado determinados derechos a extranjeros y nacionales.

(PUNIBILIDAD). Prevista en atención a la gravedad del delito.

ART. 329º (ULTRAJE A LAS INSIGNIAS NACIONALES). Se consideró necesario que la protección penal abarcara a los símbolos patrios nacionales o extranjeros (himno, bandera y escudo nacionales).

(PUNIBILIDAD). Atiende a la gravedad del delito.

ART. 330º (USO DE CONDECORACIONES, TITULOS DE NOBLEZA Y HONORES HEREDITARIOS). Estipulado para proteger el derecho garantizado en el artículo 12º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

(PUNIBILIDAD). Adecuada al delito.

ART. 331º (VAGANCIA Y MALVIVENCIA). Se estimó necesario incluir este delito-tipo, para proteger el honor del estado, la estructura de la sociedad y a la propia persona.

(PUNIBILIDAD). Es la indispensable para intentar la rehabilitación de la persona, preparándola por lo menos para desempeñar un oficio.

ART. 332º (FALTA DE SOLIDARIDAD). Sirve para proteger el honor del estado, dándole una mayor cohesión al núcleo social.

(PUNIBILIDAD). Alternativa de pena de privación de libertad corporal o multa, aunada a la suspensión o privación de derechos, por tratarse de un servidor público.

(C) EL PROYECTO.

"Las leyes son sagradas porque expresan la altura máxima de una aspiración humana y de la voluntad de un pueblo."
BENITO JUÁREZ.

CATALOGO DE NORMAS PENALES PARA LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

(226) LIBRO PRIMERO. DE LA PARTE GENERAL.

(A) TITULO PRIMERO. DE LA LEY PENAL.

CAPITULO PRIMERO. DE LOS PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN A LA LEY PENAL.

ART. 1º

(PRINCIPIO DE LA MINIMA INTERVENCION). Las conductas que vayan a ser incluidas en el catálogo de delitos deben ser seleccionadas con base en las necesidades y el interés de la sociedad, procurando primero la tutela efectiva de los bienes jurídicos con medios diversos a lo punitivo.
(PRINCIPIO DE LA EXACTA DETERMINACION DE LA CONDUCTA). El verbo rector del delito-tipo debe estar determinado, la omisión de este principio favorece a la persona procesada.

ART. 2º

(PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL TITO). Sólo deben ser consideradas como delictuosas las conductas que estén tipificadas con anterioridad a su comisión en el Libro Segundo de este Catálogo, o bien en una norma penal especial.
(PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PUNIBILIDAD). Las conductas que la autoridad declare como delitos, deben ser sancionadas conforme a su propia punibilidad y a las reglas de este Catálogo, previa la comprobación de la responsabilidad.

ART. 3º

(PRINCIPIO DE LA PREVALENCIA DE UNA NORMA ESPECIAL). Para realizar la valoración jurídica de una conducta tipificada en las normas penales especiales, debe atenderse a las provisiones contenidas en la Parte General de este Catálogo y en el del Procedimiento penal, salvo que exista alguna regulación específica.

ART. 4º

(PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD). Cuando alguna materia aparezca regulada en dos o más normas penales, debe atenderse a lo que disponga aquella que reúna mayores requisitos de especialidad.

ART. 4º

(PRINCIPIO DE INTERPRETACION DE LA LEY). Las normas contenidas en este Catálogo deben ser interpretadas por las autoridades que vayan a aplicarlas, atendiendo a los principios de la hermenéutica jurídica.

(PRINCIPIO DE LA INTEGRACION DE LA LEY). Las normas contenidas en este Catálogo deben ser integradas por las autoridades que vayan a aplicarlas, atendiendo a los principios de la hermenéutica jurídica, en tanto no estén referidas a la conducta o a la punibilidad.

ART. 5º

(PRINCIPIO DE LA DECISION MAS FAVORABLE). Cuando en los casos de pluriprevisión, interpretación o integración subsista la duda, debe estarse al criterio que más favorezca a la persona procesada.

(PRINCIPIO DEL ERROR LEGAL EN LAS NORMAS PENALES ESPECIALES). Si en estos casos es la norma especial la que suscita la duda, debe atenderse a las provisiones de este Catálogo.

CAPITULO SEGUNDO. DEL APLICACION PERSONAL DE LA LEY PENAL.

ART. 6º

(DIRECCION DE LA LEY PENAL). La conducta social de todos los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos debe ser regida conforme a las normas que integran este Catálogo.

(ABRIGO DE APLICACION PERSONAL). Las provisiones de la parte general de este Catálogo deben ser aplicadas a la persona que realice alguna de las conductas tipificadas en su parte especial, salvo regulaciones específicas.

CAPITULO TERCERO. DEL AMBITO DE APLICACION ESPACIAL DE LA LEY PENAL.

ART. 7º
Rel. 1º

(AMBITO DE APLICACION ESPACIAL). Las previsiones establecidas en este Catálogo deben ser aplicadas por las autoridades ministerial y judicial de los fueros común y federal, en los ámbitos de sus respectivas competencias, dentro del territorio de los Estados Unidos Mexicanos.

(COMPETENCIA). Para los efectos de fijar la competencia de las autoridades, debe atenderse a las previsiones del Catálogo del Procedimiento Penal.

CAPITULO CUARTO. DEL AMBITO DE APLICACION TEMPORAL DE LA LEY PENAL.

ART. 8º
Rel. 1º T

(VIGENCIA DE LA LEY PENAL). Este Catálogo de Normas Penales debe entrar en vigor sesenta días después de su publicación oficial y perderá su vigencia, en lo conducente, cuando sea abrogado o derogado.

(IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL). Las normas penales anteriores a este Catálogo deben quedar abrogadas o derogadas y sus previsiones no serán aplicadas retroactivamente, más que en los casos señalados.

(ULTRACTIVIDAD DE LA LEY PENAL). Una ley penal que hubiere sido dictada para regir durante un tiempo determinado o en una situación excepcional, debe ser aplicada a todas las conductas cometidas en ese lapso, aunque haya cesado su vigencia.

ART. 9º
Rel. 56º

(CONFLICTO DE LEYES POR SUCESION). En el caso de un conflicto de leyes por sucesión, debe ser aplicada la ley que más le favorezca a la persona procesada, si la conducta o su consumación ocurran durante su vigencia.

(CONFLICTO DE NORMAS EN CASO DE CREACION DE UN DELITO-TIPO). Cuando en este Catálogo sea creado un delito-tipo, las nuevas previsiones deben serle aplicadas a las conductas o a las consumaciones que hayan sido realizadas durante los seis primeros meses de su vigencia, en los delitos continuados y permanentes.

ART. 10º

(CONFLICTO DE NORMAS EN CASO DE SUPRESION DE UN DELITO-TIPO). Cuando sea suprimido un delito-tipo de este Catálogo, no deben serle aplicadas sus previsiones a la persona procesada, si es que está pendiente la sentencia y debe ser declarada la inexistencia del delito, por atipicidad.

(CONFLICTO DE NORMAS EN CASO DE MODIFICACIONES AL DELITO-TIPO). Cuando sea hecha una modificación a uno de los delitos-tipo de este Catálogo, debe ser aplicada la previsión más favorable, si es que la persona no ha sido sentenciada.

ART. 11º
Rel. 56º

(CONFLICTO DE NORMAS EN CASO DE MODIFICACIONES A LA PARTE GENERAL). Cuando sea hecha una modificación a alguna de las normas de la Parte General de este Catálogo, debe ser aplicada la previsión más favorable, si es que la persona no ha sido sentenciada.

(CASOS EN QUE EXISTA SENTENCIA). En todos los casos de conflicto de normas por supresión o modificación en que exista una sentencia condenatoria que no haya sido ejecutada, debe proceder la revisión. Si ya causó ejecutoria, podrá ser concedida la reducción de las sanciones, la amnistía o el indulto.

(b) TITULO SEGUNDO. DEL DELITO

CAPITULO PRIMERO. DE LAS GENERALIDADES DEL DELITO.

ART. 12º

(ELEMENTOS DEL ASPECTO POSITIVO DEL DELITO). Para integrar un delito, las autoridades ministerial o judicial deben probar la existencia de los siguientes elementos:

- I. Elemento subjetivo-material o conducta.
- II. Elemento regulador o tipicidad.
- III. Elemento valorativo o antijuridicidad.
- IV. Elemento normativo o culpabilidad, para las personas capaces o bien temblabilidad, para las incapaces.

ART. 13º

(HIPÓTESIS DEL ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO). Deben ser consideradas como hipótesis generales del aspecto negativo del delito:

- I. La ausencia de conducta.
- II. La atipicidad.
- III. La justificación legal.
- IV. La inculpabilidad.

ART. 14º

(ORDEN LÓGICO-JURÍDICO). Los elementos del aspecto positivo del delito guardan entre sí un orden lógico-jurídico preestablecido, que no debe ser alterado en el momento de su valoración.

(ORDEN LÓGICO-JURÍDICO EN EL ASPECTO NEGATIVO). En las hipótesis del aspecto negativo del delito también debe ser respetado el orden lógico-jurídico y la aparición de una de sus causas termina con la valoración, siendo procedente declarar la inexistencia del delito.

CAPÍTULO SEGUNDO. DE LOS ELEMENTOS DEL ASPECTO POSITIVO DEL DELITO.

ART. 15º

(EL ELEMENTO SUBJETIVO-MATERIAL O CONDUCTA). Debe ser declarada la existencia del elemento subjetivo-material o conducta, cuando se pruebe:

- I. Una forma de manifestación de la voluntad.
- II. Una voluntad simple o consciente.
- III. Un grado de intensidad.
- IV. Un resultado.
- V. Una relación entre la conducta y el resultado.

ART. 16º

Rel. 7º In. pts.

(FORMAS DE MANIFESTACIÓN). Las formas de manifestación de la voluntad son el aspecto material de la conducta y pueden darse con:

- I. La actividad, acción o movimiento.
- II. La inactividad, omisión o abstención del movimiento.
- III. Uno o varios actos activos u omisivos.

(VARIOS ACTOS). Varios actos sucesivos, enlazados entre sí, forman una sola conducta.

ART. 17º

(CONDUCTA). Hay un delito de mera conducta, cuando la acción u omisión producen solamente un resultado jurídico.

(HECHO). Hay un delito de hecho, cuando la acción produce y la omisión ayuda a producir o no evita un resultado material.

ART. 18º

(VOLUNTAD SIMPLE). Debe considerarse que actúa con voluntad simple: La persona que sufre alguna anomalía mental permanente, que la imposibilita para comprender el carácter ilícito de su conducta o para conducirse de acuerdo con esta cualificación, y es irresponsable social.

(ELEMENTOS DE LA VOLUNTAD SIMPLE). Debe entenderse que la voluntad simple queda integrada con el querer realizar la conducta.

ART. 19º

(VOLUNTAD CONSCIENTE). Debe considerarse que actúa con voluntad consciente: La persona que está en posibilidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y de conducirse de acuerdo con esa comprensión, y es responsable penal.

(ELEMENTOS DE LA VOLUNTAD CONSCIENTE). Debe entenderse que la voluntad consciente queda integrada con el querer, la previsión o no previsión y el entender.

ART. 20º

Rel. 8º y 9º

(INTENSIÓN). La intención debe ser entendida como la dirección de la voluntad en orden a un fin.

(GRADOS DE INTENSIÓN). Los grados que puede tener la intención son:

- I. (DOLO). Directa: Cuando se quiere o acepta el resultado típico.
- II. (CULPA). Indirecta: Cuando no se quiere el resultado típico, pero es producido al incumplir un deber general de cuidadoº
- III. (PREINTENSIÓN). Mixta: Cuando se quiere un resultado típico menor y es producido otro mayor al incumplir un deber general de cuidado.

ART. 21º
(RESULTADO). El resultado debe ser entendido como el efecto natural de la conducta y al momento de valorarlo se atenderá a:
I. La finalidad o el propósito de producir el resultado típico.
II. Los medios, que son las actividades o inactividades diferentes a la conducta típica, o bien los instrumentos empleados.
III. Los logros, que son todo aquello que el agente ha causado al realizar la conducta.

ART. 22º
(CONSUMACION). Debe entenderse que la conducta ha sido consumada, en el mismo momento en que fueron integrados todos sus elementos constitutivos en el mundo exterior.
(TENTATIVA). Debe entenderse que la conducta queda en grado de tentativa, cuando la persona ha realizado un comienzo o una total ejecución o inejecución y no logra consumarla, por causas propias o ajenas a su voluntad.

ART. 23º
Rel. 7º
(CLASIFICACION DEL DELITO CONSUMADO). La conducta delictuosa consumada puede ser:
I. **(DELITO INSTANTANEO).** Instantánea: Cuando, tan pronto es realizada, su consumación se agota.
II. **(DELITO PERMANENTE).** Permanente: Cuando la conducta es realizada y su consumación perdura en el tiempo.
III. **(DELITO CONTINUADO).** Continuada: Cuando con unidad de propósito delictivo y varias conductas se lesiona en diversas ocasiones el mismo precepto legal, con tentativas o consumaciones.

ART. 24º
Rel. 12º
(CLASES DE TENTATIVA). La conducta que integra un delito en grado de tentativa puede ser:
I. **(TENTATIVA INACABADA).** Inacabada: Cuando se tiene el propósito de cometerla y habiendo un comienzo de ejecución o inejecución, no llega a ser consumada por causas propias o ajenas a la voluntad del agente.
II. **(TENTATIVA ACABADA).** Acabada: Cuando se tiene el propósito de cometerla y habiendo una total ejecución o inejecución, no llega a ser consumada por causas propias o ajenas a la voluntad del agente.
III. **(TENTATIVA IMPOSIBLE).** Imposible: Cuando se tiene el propósito de cometerla y habiendo un comienzo o una total ejecución o inejecución, no llega a ser consumada por falta de bien jurídico, objeto material o medios idóneos.

ART. 25º
(CLASES DE RESULTADO). El resultado producido por una conducta puede ser:
I. **(RESULTADO JURIDICO).** Jurídico: Cuando solamente produce efectos en la normatividad jurídico-penal.
II. **(RESULTADO MATERIAL).** Material: Cuando altera la normatividad jurídico-penal y el mundo fáctico.
III. **(RESULTADO FINAL).** Final: Cuando coincide con el propósito delictivo.
IV. **(RESULTADO CAUSAL).** Causal: Cuando en él intervienen las fuerzas naturales, animales o humanas ajenas al agente.

ART. 26º
(CONCURSO DE DELITOS). Debe considerarse que existe un concurso de delitos, cuando hayan sido producidos varios resultados típicos con una o más conductas.

Rel. 18º
(CLASES DE CONCURSO). El concurso de delitos puede ser:
I. **(CONCURSO IDEAL).** Ideal o formal: Cuando con una sola conducta se violan varias disposiciones penales o la misma en repetidas ocasiones, con tentativas o consumaciones.
II. **(CONCURSO REAL).** Real o material: Cuando con varias conductas se violan varias disposiciones penales o la misma en repetidas ocasiones, con tentativas o consumaciones.

ART. 27º

(RELACION ENTRE LA CONDUCTA Y EL RESULTADO). Sólo debe serle atribuido como suyo un resultado al agente, cuando entre aquél y su conducta se verifique una relación de causa a efecto.

(CLASES DE RELACION). La relación entre la conducta y el resultado puede ser:

I. (MATERIAL). Material: Que se da entre la conducta activa y el resultado en el mundo exterior.

II. (FINAL). Final: Que se da entre la conducta activa u omisiva y el resultado jurídico o material.

III. (NORMATIVA). Normativa: Que se da entre la conducta omisiva y el resultado material que ayuda a producir o no evita.

IV. (CAUSAL). Causal: Que se da entre la conducta activa u omisiva y los resultados secundarios.

ART. 28º

(EL ELEMENTO REGULADOR O TÍPICIDAD). Debe ser declarada la existencia del elemento regulador o tipicidad, cuando se haya probado la exacta adecuación entre los elementos que integran a la conducta y todos los requisitos que exige la descripción del tipo.

Rel. 6º 2a. pto.

(CONCORDANCIA DE TIPOS PENALES). Cuando parezca que una conducta puede adecuarse a dos o más tipos, debe prevalecer aquél que contenga mayores requisitos de especialidad.

ART. 29º

(EL ELEMENTO VALORATIVO O ANTIJURIDICIDAD). Puede ser declarada la existencia del elemento valorativo o antijuridicidad, cuando se haya probado que la conducta típica contradice al deber ser jurídico que es una de la norma.

(PRINCIPIO DE EXCEPCIÓN-REGLA). La conducta típica debe ser declarada antijurídica, cuando se prueba que el agente no puede ser beneficiado por una justificante legal.

ART. 30º

(ELEMENTOS DE LA ANTIJURIDICIDAD). Para que la conducta típica sea declarada antijurídica, debe probarse la existencia de:

I. (DEBER SER JURIDICO). El deber ser jurídico, que es la obligación personal de respetar la norma.

II. (CONTRARIEDAD AL DEBER SER JURIDICO). La contrariedad al deber ser jurídico, que es la efectiva contradicción entre la conducta asumida y la esperada.

ART. 31º

(POSICION LEGAL DE GARANTIA). El resultado material que es ayudado a producir o no es evitado al adoptar una conducta omisiva, debe serle atribuido como suyo a la persona que no lo impidió, teniendo el deber jurídico de proteger el bien tutelado.

(ORIGEN DE LA POSICION LEGAL DE GARANTIA). Tiene el deber jurídico de evitar la producción de un resultado típico, toda persona que se encuentre en posición legal de garantía con respecto a un bien, por su voluntad o por la de la ley.

ART. 32º

(EL ELEMENTO NORMATIVO O CULPABILIDAD). Debe declararse la culpabilidad del autor de una conducta típica y antijurídica, si puede serle reprochada.

(CAPACES DE CULPABILIDAD). Debe entenderse que es capaz de culpabilidad la persona que estuvo en posibilidad de entender el carácter ilícito de su conducta y de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

ART. 33º

(EL ELEMENTO NORMATIVO O TEMIBILIDAD). Debe declararse la temibilidad del autor de una conducta típica y antijurídica, en la medida en que por sus características personales de anomalía, inspira temor.

(CAPACES DE TEMIBILIDAD). Debe entenderse que es capaz de temibilidad la persona que debido a una anomalía mental permanentemente estuvo impedida para comprender el carácter ilícito de su conducta o para conducirse de acuerdo con esa comprensión.

ART. 34º

(ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD). Debe ser declarada la existencia del elemento normativo culpabilidad, cuando se pruebe:

I. (LIBERTAD). El ejercicio de la libertad al actuar, si es que se da una motivación normal al delito.

II. (EXIGIBILIDAD). La exigibilidad, si es que el delito fue ejecutado en circunstancias concurrentes normales.

III. (REPROCHABILIDAD). La reprochabilidad, si es que el agente tuvo dominio del hecho.

ART. 35º

(GRADUACION DE LA TEMIBILIDAD). La temibilidad debe ser graduada atendiendo a los dictámenes psiquiátricos, a las circunstancias concurrentes en el delito y a la reacción de la sociedad.

ART. 36º

(LA FUNCION DEL ELEMENTO NORMATIVO). Debe entenderse que con la aparición de la culpabilidad o de la temibilidad termina el proceso de la valoración jurídica del delito, para proceder a fincar la responsabilidad y con base en el grado de reproche o de temor, individualizar las sanciones penales.

CAPITULO TERCERO. DE LAS HIPOTESIS DEL ASPECTO NEGATIVO DEL DELITO.

ART. 37º

(AUSENCIA DE CONDUCTA). Debe ser declarada la inexistencia del delito por ausencia de conducta, en cualesquiera de las siguientes hipótesis:

I. (CARENCIA DE MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD). Cuando los elementos materiales del delito no hayan sido comprobados.

Rel. 15º I

II. (MOVIMIENTOS INVOLUNTARIOS Y CONSCIENTES). Cuando la actividad o inactividad haya sido realizada en un movimiento instintivo, fisiológico o reflejo, o bien si el agente fue impulsado por una fuerza natural, animal o humana.

III. (MOVIMIENTOS INVOLUNTARIOS E INCONSCIENTES). Cuando la actividad o inactividad haya sido realizada en un estado hipnótico, de sonambulismo o de sueño.

Rel. 15º, II y XI

IV. (INCONSCIENCIA). Cuando la actividad o inactividad haya sido producida bajo un trastorno mental transitorio, o bien, encontrándose el agente ante un error.

Rel. 15º, X

V. (AUSENCIA DE INTENSION). Cuando la actividad o inactividad o sus resultados fueron producidos por un acto natural, animal o humano, sin que el agente haya podido preverlo o evitarlo.

VI. (FALTA DE RESULTADO). Cuando no haya sido probada la existencia del resultado.

VII. (IMPOSIBILIDAD DE RELACIONAR LA CONDUCTA Y EL RESULTADO). Cuando entre la conducta y el resultado no haya sido probada la relación de causa a efecto.

ART. 38º

Rel. 15º II

(EXCEPCION A LA AUSENCIA DE CONDUCTA). No debe ser declarada la inexistencia del delito, cuando la actividad o inactividad haya sido producto de una conducta libre en su causa.

(CONDUCTA LIBRE EN SU CAUSA). Debe entenderse que existe una conducta libre en su causa, cuando la involuntariedad o la inconsciencia en que el agente quiere amparar su comportamiento fue provocada por él con algún grado de intension, o bien por otra persona, con un propósito delictivo de parte de aquél.

ART. 39º

(ATIPICIDAD). Debe ser declarada la inexistencia del delito por atipicidad, en cualesquiera de las siguientes hipótesis:

I. (FALTA DE DELITO-TIPO). Cuando no hubiere delito-tipo al cual referir la conducta, o bien cuando existiendo, no contenga una descripción precisa.

II. (IMPOSIBILIDAD DE ADECUACION). Cuando no sea posible establecer una adecuación exacta, porque falta alguno de sus elementos.

ART. 40º

(JUSTIFICACION). Debe ser declarada la inexistencia del delito por justificación legal, en cualesquiera de las siguientes hipótesis:

- I. (INEXISTENCIA DEL DEBER SER JURIDICO). Cuando no existiere el deber personal de respetar la norma.
- II. (NORMAS JUSTIFICATIVAS). Cuando el agente pudiere acogerse a los beneficios de una justificante legal.

ART. 41º

(NORMAS JUSTIFICATIVAS). La conducta debe ser justificada legalmente, cuando el agente actúa:

- I. (LEGITIMA DEFENSA). En defensa de un bien jurídico propio o ajeno, que es atacado.
Ral. 15º III
- II. (ESTADO DE NECESIDAD). Ante la necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno de mayor entidad, vulnerando otro de menor valía.
Ral. 15º V
- III. (EJERCICIO DE UN DERECHO). En el ejercicio debido de un derecho que le confiere la ley.
Ral. 15º V
- IV. (CUMPLIMIENTO DE UN DEBER). En el cumplimiento de un deber que le impone la ley.
Ral. 15º VIII
- V. (IMPEDIMENTO LEGAL INSUPERABLE). Ante un impedimento legal o insuperable.
Ral. 15º VII
- VI. (OEDIENCIA JERARQUICA). Por una orden del superior en la jerarquía administrativa.
- VII. (CONSENTIMIENTO). Con el consentimiento del titular de bienes jurídicos disponibles o del legitimado para otorgarliº

ART. 42º

(INCULPABILIDAD). Debe ser declarada la inexistencia del delito por inculpabilidad, en cualesquier de las siguientes hipótesis:

- I. (COACCION). Cuando la motivación del agente deriva de una fuerza moral ejercida sobre su persona.
- II. (INEXCUSABILIDAD). Cuando por la anomalía de las circunstancias concurrentes en el momento delictivo, no podía exigirse al agente que conformara su conducta al deber ser jurídico.
- III. (IRRETRACTABILIDAD). Cuando por no haber estado en posibilidad de lograr el dominio del hecho, no pueda serle reprochada su conducta del agente.

(c) TITULO TERCERO. DE LA RESPONSABILIDAD.

CAPITULO PRIMERº. DE LOS GRADOS DE INTERVENCIÓN EN EL DELITO.

ART. 43º

Ral. 13º

(GRADOS DE INTERVENCIÓN). El agente puede intervenir en el delito en cualesquier de los siguientes grados:

- Ral. 13º I
- I. (EN ACUERDO O PLAN). Acordando o planeando con otros a realización de la conducta delictuosa, la manera o los medios de llevarla a cabo.
Ral. 13º II
- II. (EN LA PREPARACION). Realizando actos inequívocos que tiendan a preparar la ejecución de la conducta delictuosa, aunque no llegue a ser intentada o consumada.
Ral. 13º IV
- III. (MEDIATA). Volviendo de una persona a la cual pueda favorecerle alguna de las hipótesis del aspecto negativo del delito o una exención absoluta, o bien de un menor de doce años de edad, de un incapaz o de un animal, para que realice la conducta delictiva.
Ral. 13º V
- IV. (INTELLECTUAL). Determinando a una persona para que realice la conducta delictiva, por consejo, coacción, orden o mandato, o bien aprovechándose de una agrupación lícita o delictuosa o ejerciendo la fuerza física sobre otro.
Ral. 13º II
- V. (MATERIAL). Realizando la conducta delictuosa por sí mismo.

Rel. 13º III
VI. (COAUTORIA). Realizando la conducta delictuosa, ejecutando los medios o produciendo el resultado en forma conjunta con otros.
Rel. 13º VI
VII. (COMPLICIDAD). Prestando ayuda a otro para que realice la conducta delictuosa.

ART. 44º
Rel. 13º VIII
(INTERVENCIÓN SUBSECUENTE). Produce responsabilidad: Ayudar al que realizó la conducta delictuosa, en cumplimiento de una promesa anterior.

Rel. 13º VIII
(COMPLICIDAD CORRELATIVA O CORRESPECTIVA). Deban ser considerados como interventores en grado de coautoria: Todos los que participen en la comisión de una conducta delictuosa, en la ejecución de los medios o en la producción del resultado, cuando las pruebas no sean suficientes para determinar su grado de intervención.

ART. 45º
Rel. 14º
(DELITO REMANENTE). Cuando varias personas intervengan en la comisión de una conducta delictuosa y alguna cometa un nuevo delito, todas deben ser consideradas como interventoras en coautoria, si concurre alguno de los siguientes requisitos:

- I. Que haya habido un acuerdo previo.
 - II. Que el nuevo delito sea el medio para cometer el primero
 - III. Que el nuevo delito sea consecuencia del primero o de los medios empleados para su comisión.
 - IV. Que no conste quién de ellos produjo el nuevo delito.
- (CASO EN QUE HAYA DETERMINACIÓN). Si pudiera determinarse quién produjo el nuevo delito, las demás personas que hayan intervenido en el momento delictuoso deben ser consideradas como cómplices, si concurre alguno de los requisitos mencionados.

ART. 46º
(EXCEPCIONES AL DELITO REMANENTE). No deben ser considerados como interventores en un delito remanente:
I. Quienes no hayan interenido en el previo acuerdo.
II. Quienes no hayan estado presentes en el momento de su comisión.
III. Quienes hayan hecho cuanto estuvo de su parte por impedir la ejecución de la conducta o su consumación.

ART. 47º
(CONSECUENCIAS DE LA INTERVENCIÓN). Todos los grados de intervención producen responsabilidad penal o social.
(PUNIBILIDAD). En todos los grados de intervención en el delito debe procederse a individualizar e imponer la sanción prevista en el delito-tipo respectivo, de acuerdo con las reglas estipuladas en el Título Cuarto del Libro Primero de este Catálogo.

CAPÍTULO SEGUNDO. DE LA RESPONSABILIDAD EN GENERAL.

ART. 48º
(RESPONSABILIDAD DE MENORES). Para todos lo efectos de la responsabilidad en una relación procesal-penal, debe considerarse que la minoría de edad es de doce años.
(MENORES DE EDAD). Cuando un menor de doce años de edad cometa alguna de las conductas tipificadas en la Parte Especial de este Catálogo, debe ser puesto a disposición del Consejo Tutelar respectivo.

ART. 49º
Rel. 10º
(LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD). La responsabilidad penal o social no debe pasar de la persona o de los bienes del delincuente, más que en los casos especificados.
(RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL ESTADO). En el caso en que el responsable o sus deudores solidarios o subsidiarios no le puedan responder en forma económica al ofendido, el estado debe ser declarado deudor subsidiario.

ART. 50º
Nel. 11º

(**RESPONSABILIDAD DE LAS AGRUPACIONES**). Cuando una agrupación, a excepción de las instituciones del estado o de asistencia o beneficio social haya facilitado los medios para la comisión de la conducta delictuosa, de modo que resulte cometida bajo su nombre, su amparo o en su beneficio, debe ser declarada su responsabilidad, sin perjuicio de la individual.

(**AGRUPACIONES PARA LOS EFECTOS PENALES**). Para todos los efectos de una relación procesal-penal, bajo el nombre de agrupación debe comprenderse al conjunto de dos o más personas con un objetivo común, estén o no legalmente constituidas.

CAPITULO TERCERO. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

ART. 51º

(**RESPONSABILIDAD PENAL**). Debe ser considerada como responsable penal la persona que, en el momento de la comisión de la conducta delictuosa, estuvo en posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento y de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

(**CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL**). A la persona que resultara responsable penal al finalizar el proceso de la valoración jurídica de la autoridad judicial, debe serle individualizada e impuesta la punibilidad prevista en el delito-tipo respectivo, de acuerdo con las reglas previstas en el Título Cuarto del Libro Primero de este Catálogo.

CAPITULO CUARTO. DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL.

ART. 52º

(**RESPONSABILIDAD SOCIAL**). Debe ser considerada como responsable social la persona que, en el momento de la comisión de la conducta delictiva no estuvo en posibilidad de comprender el carácter ilícito de su comportamiento o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, debido a una anomalía mental permanente.

(**EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL**). También debe recibir tratamiento de los responsables sociales la persona que en el momento de ser sometida a una relación procesal-penal sufra algún padecimiento mental que la prive de comprensión y/o conducción adecuadas.

ART. 53º

(**CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL**). A la persona que resultare responsable social al finalizar el proceso de la valoración judicial, debe serle individualizada e impuesta una medida de tratamiento especializado.

(**MEJORES INCAPACITADOS**). A los menores de dieciocho años y mayores de doce que tengan una anomalía mental de carácter permanente que los imposibilite para comprender el carácter ilícito de su conducta y/o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, sólo deben serle impuestas las medidas de tratamiento tutelar o de confinamiento.

(d) **TITULO CUARTO DE LAS SANCIONES PENALES.**

CAPITULO PRIMERO. DE LAS SANCIONES PENALES EN GENERAL.

ART. 54º

(**GARANZIA DE LA SANCION**). Sólo deben ser impuestas las sanciones contenidas en este Catálogo o en una norma penal especial, de acuerdo con las previsiones de la punibilidad de cada delito-tipo y las reglas para individualizarlas.

(**PROHIBICION DE ANALOGIA O DE MAYORIA DE RAZON**). No deben ser impuestas por analogía o mayoría de razón, sanciones que no estén contenidas en el catálogo, medidas de tratamiento especializado o beneficio penales, o bien que no sean aplicables al caso concreto.

ART. 55º

(**PROHIBICION DE SANCIONES PRE-DELICTIVAS**). No deben ser impuestas sanciones penales pre-delictivas.

(**NECESIDAD DE COMPROBAR LA EXISTENCIA DEL DELITO Y DE LA RESPONSABILIDAD**). Solamente debe ser impuesta una sanción penal, cuando la autoridad judicial haya comprobado la existencia del delito y de la responsabilidad.

ART. 56º

(GARANTÍA DE LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES PENALES). La ejecución de las sanciones penales debe ser hecha de acuerdo con las condiciones que fueron establecidas en la sentencia y regidas por la Ley Federal de Ejecución de Sanciones Penales. En caso de omisión de esas condiciones, deben tenerse por no impuestas.

(AUTORIDADES RELACIONADAS CON LAS SANCIONES PENALES). Solamente a la autoridad ministerial le corresponde solicitar la imposición de las sanciones penales; la judicial las individualizará e impondrá en la sentencia y la ejecutora, las ejecutará en los términos en que fueron impuestas.

ART. 57º

(PUNIBILIDAD TÍPICA). Debe entenderse que las sanciones penales previstas en la punibilidad de cada delito-tipo son las principales, que corresponden a la modalidad del delito simple doloso consumado, cometido por persona responsable penal.

(OTRAS PUNIBILIDADES). En todos los demás casos, para establecer, individualizar e imponer las sanciones penales accesorias y obligatorias y las que corresponden a las modalidades del delito o de la responsabilidad, debe atenderse a las reglas contenidas en este Título.

CAPÍTULO SEGUNDO. DE LAS PENAS.

ART. 58º

(CATALOGO DE PENAS). Sólo deben ser impuestas como penas las siguientes:

Rel. 24º

I. Privación de la vida.

Rel. 24º 1

II. Privación de la libertad corporal.

Rel. 24º 3

III. Tratamiento especializado para rehabilitación corporal.

Rel. 24º 5

IV. Multa.

Rel. 24º 8

V. Compensación del daño.

Rel. 24º 12

VI. Dequismo.

Rel. 24º 14

VII. Suspensión o privación de derechos.

Rel. 24º 16

VIII. Publicidad especial de sentencias.

Rel. 24º 17

IX. Intervención, remoción, suspensión o disolución de agrupaciones.

X. Penas tutelares.

(ADVERTENCIA). Debe entenderse que las sanciones previstas en las fracciones I y II son principales y que solamente pueden ser impuestas en los casos en que las prevea el delito-tipo; que las de las fracciones IV, V y VI son obligatorias y que se impondrán en todos los casos de responsabilidad, y las de las fracciones III, VII, VIII y IX son accesorias y que la autoridad judicial las impondrá a discreción.

ART. 59º

(PRIVACIÓN DE LA VIDA). La privación de la vida consiste en: Dar muerte al condenado.

(LIMUACIONES). Sólo debe ser impuesta la pena de privación de la vida en los casos que prevé el artículo 22º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y si es que la estipula el delito-tipo respectivo.

(SENTENCIA RECURRIDA). Cuando la sentencia que imponga la pena de privación de la vida hubiese sido recurrida, sólo podrá ser modificada en los términos de su ejecución o revocada por cuarenta años de pena privativa de libertad corporal.

ART. 60º

Rel. 25º

(PRIVACIÓN DE LIBERTAD CORPORAL). La privación de libertad corporal consiste en reducir al condenado en el lugar que determine la autoridad ejecutora, con el fin de intentar su rehabilitación social.

(TERMINO). El término mínimo de la privación de libertad corporal debe ser de un año y el máximo de cuarenta.

ART. 61º
Rel. 24º

(TRATAMIENTO ESPECIALIZADO PARA REHABILITACION CORPORAL). El tratamiento especializado para rehabilitación corporal consiste en: Someter al condenado a las medidas médicas, clínicas y terapéuticas necesarias, en un establecimiento especial de salud, cuando tenga el hábito de consumir drogas o padezca alguna enfermedad grave en período de contagio.

(TERMINO). El término mínimo para el tratamiento especializado para rehabilitación corporal debe ser fijado en la sentencia, de acuerdo con las constancias procesales, y el máximo dependerá de las necesidades del condenado.

ART. 62º
Rel. 29º

(MULTA). La multa consiste en: El pago de una cantidad de dinero que todo condenado debe hacer a favor del erario público.

(OBLIGACION DE PAGARIA Y SU EQUIVALENCIA). El condenado o sus deudores solidarios o subsidiarios están obligados a cumplir el importe de la multa, en todos los casos de responsabilidad. Esta debe ser fijada en días-multa. El término mínimo de la multa es de un día-multa y el máximo de quinientos y debe ser calculada de acuerdo con el tabulador del artículo 104º

ART. 63º

(COMPENSACION DEL DAÑO). La compensación del daño consiste en: La restitución del objeto material del delito y sus frutos y/o el pago de una cantidad de dinero que todo condenado y/o sus deudores solidarios o subsidiarios debe hacer en favor del ofendido o de la persona que tenga derecho a ella.

(OBLIGACION DE COMPENSAR EL DAÑO). La compensación del daño debe ser hecha por el condenado o por sus deudores solidarios o subsidiarios, en todos los casos de responsabilidad.

ART. 64º
Rel. 30º

(ALCANCE DE LA COMPENSACION DEL DAÑO). La compensación del daño debe comprender:

- I. La restitución de la cosa obtenida o destinada por el delincuente o el pago de su precio.
- II. La devolución de los frutos obtenidos o el pago de su precio.
- III. La indemnización de los daños materiales y morales y de los perjuicios causados.
- IV. El pago de los gastos y costas procesales que hubieren sido erogados con motivo del delito.

ART. 65º

(DECOMISO). El decomiso consiste en: Que la autoridad judicial recoja los instrumentos, productos u objetos del delito.

(ALCANCE). Todos los instrumentos, productos u objetos del delito deben ser recogidos y/o asegurados por la autoridad ministerial y puestos a disposición de la autoridad judicial, para que en la sentencia resuelva sobre su destino.

ART. 66º
Rel. 45º

(SUSPENSIÓN Y PRIVACIÓN DE DERECHOS). La suspensión de derechos consiste en: Inhabilitar al condenado para obtenerlos o ejercerlos durante un tiempo determinado. La privación de derechos consiste en: La pérdida de los mismos.

(ALCANCE). Pueden ser objeto de suspensión o privación todos aquellos derechos de naturaleza civil o política que estén referidos a bienes jurídicas que la ley reconozca.

(ADVERTENCIA). La suspensión o privación de derechos no libera de las obligaciones inherentes a ellos y el límite de la suspensión debe ser de diez años.

ART. 67º
Rel. 47º

(PUBLICIDAD ESPECIAL DE SENTENCIA). La publicidad especial de sentencia consiste en: La inserción total o parcial del fallo de la autoridad judicial en tres de los periódicos de mayor circulación, o bien en hacerlas conocer a través de diversos medios de comunicación social, a costa del delincuente y a satisfacción del ofendido.

(**EXTENSION**). La publicidad especial de sentencia también debe ser hecha en el Diario Oficial de la entidad correspondiente, en la compilación de jurisprudencia y en los medios de difusión pública, cuando sea a cargo del estado.

ART. 68º

(**INTERVENCIÓN Y REMOCIÓN DE AGRUPACIONES**). La intervención de agrupaciones consiste en: Someter a la vigilancia de un interventor oficial el manejo de sus órganos de representación, dirección o administración. La remoción de agrupaciones consiste en: El cambio de sus órganos de representación dirección y administración, encargando temporalmente sus funciones a la intervención oficial.

(**SUSPENSIÓN Y DISOLUCIÓN DE AGRUPACIONES**). La suspensión de agrupaciones consiste en: Inhabilitarlas para ejercer los derechos que como grupo dles corresponden, por un tiempo determinado. La disolución de agrupaciones consiste en: Deshacerlas social y jurídicamente.

(**EXCEPCIÓN**). Cuando se trate de agrupaciones estatales, de asistencia o de beneficio social o de sindicatos, solamente debe ser impuesta la remoción o la intervención.

ART. 69º

(**PENAS TUTELARES**). Las penas tutelares consisten en: Recluir al menor de dieciocho años de edad y mayor de doce que resultare responsable penal, en una institución especializada, en la cual le brinden el tratamiento médico, clínico, educativo, laboral y/o lúdico, que sea necesario para intentar su rehabilitación.

(**TÉRMINO**). El término mínimo de la pena tutelar es de un año escolar y el máximo, cuando el condenado cumpla los dieciocho años de edad.

CAPÍTULO TERCERO. DE LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO ESPECIALIZADO.

ART. 70º

Rel. 24º

(**CATÁLOGO DE MEDIDAS DE TRATAMIENTO ESPECIALIZADO**). Sólo deben ser impuestas como medidas de tratamiento especializado, las siguientes:

Rel. 24º 4

I. Confinamiento.

Rel. 24º 3

II. Reclusión.

III. Tratamiento especializado para rehabilitación en semi-libertad.

Rel. 24º 3

IV. Tratamiento especializado para rehabilitación en libertad.

V. Medidas tutelares.

(**ADVERTENCIA**). Debe entenderse que en todos los casos de responsabilidad social la autoridad judicial impondrá las sanciones obligatorias y está facultada para imponer las accesorias.

ART. 71º

Rel. 28º

(**CONFINAMIENTO**). El confinamiento consiste en: Recluir al condenado en un establecimiento especial, sin dejarlo salir de él.

(**TÉRMINO**). La duración del confinamiento será mientras el condenado represente un alto grado de temibilidad social.

ART. 72º

(**RECLUSIÓN**). La reclusión consiste en: La privación de la libertad corporal en una institución especializada, en la cual le brinden al condenado el tratamiento médico, clínico, educativo, laboral y/o lúdico, que sea necesario para intentar su rehabilitación social.

(**TÉRMINO**). El término mínimo de la reclusión debe ser de un año y e máximo, lo determinarán las condiciones personales del condenado.

ART. 73º

Rel. 27º. 2º pfo.

(**TRATAMIENTO PARA REHABILITACIÓN EN SEMI-LIBERTAD**). El tratamiento especializado para rehabilitación en semi-libertad consiste en: Someter al condenado a las medidas médicas, clínicas, educativas, laborales y/o recreativas, que sean necesarias para intentar su rehabilitación social, alternando periodos de libertad y reclusión.

(**TÉRMINO**). El término mínimo del tratamiento especializado para rehabilitación en semi-libertad debe ser de un año y el máximo, lo determinarán las condiciones personales del condenado.

ART. 74º
Rel. 67º 3er. pfo.

(TRATAMIENTO PARA REHABILITACION EN LIBERTAD). El tratamiento es especializado para rehabilitación en libertad consiste en: Mantener al condenado bajo las medidas médicas, clínicas, educativas, laborales y/o recreativas, que sean necesarias para intentar su rehabilitación social, sin privarlo de su libertad corporal.

(MÍNIMO). El término mínimo del tratamiento especializado para rehabilitación en libertad debe ser de un año como mínimo y el máximo, lo determinarán las condiciones personales del condenado.

ART. 75º

(MEDIDAS TUTELARES). Las medidas tutelares consisten en: Mantener a los menores de dieciocho años de edad y mayores de doce, que resulten responsables sociales, en tratamiento médico, clínico, educativo, laboral y/o lúdico, que sea necesario para intentar su rehabilitación, bien sea en reclusión, en semi-libertad o en libertad.

(BENEFICIO Y JUZGAMIENTO). Cuando de los estudios especializados resultare que el menor incapaz representa un grado bajo de temibilidad social, debe serle aplicado lo dispuesto en el artículo 149º. En el caso contrario, debe ser confinado.

CAPITULO CUARTO. DE LOS BENEFICIOS PENALES.

ART. 76º

Rel. 24º

(CAMBIO DE BENEFICIOS PENALES). Solamente la pena privativa de libertad corporal puede ser convertida a:

Rel. 24º 5

I. Restricción de la libertad personal.

Rel. 24º 2

II. Semi-libertad.

III. Segregación.

Rel. 24º 2

IV. Trabajo en favor de la comunidad.

Rel. 24º 9

V. Amonestación.

Rel. 24º 10

VI. Apercibimiento.

Rel. 24º 11

VII. Cautión de no ofender.

ART. 77º

(RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL). La restricción de la libertad personal consiste en: Prohibir al condenado que acuda a determinados lugares o que ejecute ciertas conductas.

(AUSURIO JUDICIAL). La autoridad judicial está facultada para determinar los lugares y las conductas que el condenado debe abstenerse de visitar o de ejecutar.

ART. 78º

Rel. 27º 2º pfo.

(SEMI-LIBERTAD). La semi-libertad consiste en: Someter al condenado a períodos alternados de reclusión y libertad.

(LUGAR DE EJECUCIÓN). Los períodos de reclusión deben ser cumplidos en el lugar que determine la autoridad ejecutora.

ART. 79º

(SEGREGACION). La segregación consiste en: Que el condenado se obligue a residir en determinado lugar, sin salir de él.

(ARBITRIO JUDICIAL). La autoridad judicial está facultada para determinar el lugar o la circunscripción territorial en la que el condenado debe residir, conciliando las exigencias de la seguridad social y las peculiaridades del condenado.

ART. 80º

Rel. 24º

(TRABAJO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD). El trabajo en favor de la comunidad consiste en: Que el condenado se obligue a prestar un servicio profesional, técnico o manual, en instituciones públicas educativas, de asistencia o beneficio social, o bien en instituciones privadas asistenciales o de beneficencia, sin percibir salario.

ART. 81º

Rel. 42º

(AMONESTACION). La amonestación consiste en: Que la autoridad judicial le haga comprender al condenado las consecuencias del delito que cometi6, excitándolo a la enmienda.

(EXCENSION). Además de funcionar como beneficio penal, el apercibimiento debe ser hecho en todos los casos en que la pena privativa de libertad se convierta. También se apercibirá en todos los casos de sentencia condenatoria, aunque advirtiendo al condenado que el hecho de cometer un nuevo delito es una circunstancia agravante de la sanción.

ART. 82º

(APERCIBIMIENTO). El apercibimiento consiste en: Que la autoridad judicial le advierta al condenado que de cometer un nuevo delito, la pena convertida se hará efectiva.

(EXCENSION). Además de funcionar como beneficio penal, el apercibimiento debe ser hecho en todos los casos en que la pena privativa de libertad se convierta. También se apercibirá en todos los casos de sentencia condenatoria, aunque advirtiendo al condenado que el hecho de cometer un nuevo delito es una circunstancia agravante de la sanción.

ART. 83º

(CAUCION DE NO OFENDER). La caución de no ofender consiste en: Que el condenado entregue a la autoridad judicial un documento que compruebe que ha otorgado fianza o depósito para comprometer su conducta futura

Rel. 44º

(PERDIDA DE LA CAUCION). Cuando el condenado incumpliere su compromiso de no ofender, perderá en forma sistemática el monto de la fianza o el depósito, los cuales deben ser aportados a los fondos que se destinan para la procuración y administración de justicia penal.

ART. 84º

Rel. 55º

(BENEFICIO PENAL HUMANITARIO). Cuando con motivo de la comisión de la conducta delictuosa el condenado hubiere sufrido consecuencias físicas graves, que hagan notoriamente irracional la imposición de una pena privativa de libertad corporal, la autoridad judicial debe convertirla a uno de los beneficios penales, aunque no reúna los requisitos para el otorgamiento.

CAPITULO QUINTO. DE LAS REGLAS PARA INDIVIDUALIZAR LAS SANCIONES PENALES.

ART. 85º

Rel. 51º y 52º

(REQUISITOS PARA PROCEDER A INDIVIDUALIZAR LAS PENAS). Para motivar la individualización de las penas, la autoridad judicial debe atender a:

- I. Los términos mínimo y máximo de la punibilidad que preve el delito-tipo respectivo.
- II. El aumento o la disminución de la punibilidad típica, según las modalidades del delito.
- III. Las circunstancias agravantes o atenuantes que concurrieron en su comisión.
- IV. Todos las circunstancias exteriores de ejecución.
- V. El grado de intervención en el delito.
- VI. Los dictámenes de los peritos médicos y los informes de trabajo social, tendientes a conocer la personalidad del delincuente, en su aspecto biopsicosocial.
- VII. Su grado de tendencia delictuosa.
- VIII. Las circunstancias personales del ofendido.
- IX. El daño causado.
- X. Su arbitrio judicial.

ART. 86º

(GRADOS DE TENDENCIA DELICTUOSA). Para conocer el grado de tendencia delictuosa del sentenciado, la autoridad judicial debe atender a si es:

- I. Infractor: Si ha sido detenido en alguna ocasión anterior o sometido a proceso penal, aunque hubiere resultado inocente.
- II. Primodelincuente: Si es la primera ocasión en que se lo va a sentenciar condenatoriamente.
- Rel. 20º
- III. Reincidente: Si ha sido condenado con anterioridad en sentencia ejecutoriada, aunque fuese en el extranjero.

Rel. 219

IV. Habitual: Si ha sido condenada varias veces en sentencia ejecutoriada, aunque fuere en el extranjero.

V. Profesional: Si su tendencia delictuosa constituye su fuente de ingresos o su modus vivendi.

ART. 87º

(REQUISITOS PARA PROCEDER A INDIVIDUALIZAR LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO ESPECIALIZADO). En el momento de motivar la imposición de una medida de tratamiento especializado la autoridad judicial debe atender a:

- I. Los términos mínimo y máximo previsto para cada una de ellas
- II. Todas las circunstancias exteriores de ejecución.
- III. Los dictámenes de peritos médico-psiquiatras.
- IV. Los informes de trabajo social.
- V. Las circunstancias personales del ofendido.
- VI. El daño causado.
- VII. La reacción social.
- VIII. Su arbitrio judicial.

ART. 88º

Rel. 213º

(REQUISITOS PARA PROCEDER A INDIVIDUALIZAR LAS PENAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS). Para motivar la individualización de las penas de los servidores públicos, la autoridad judicial debe atender a:

- I. Todos los requisitos marcados en el artículo 85º.
- II. Su antigüedad en el servicio público.
- III. La categoría del puesto que desempeñaba.
- IV. Las percepciones que tenía.
- V. Su conducta laboral y personal en el servicio público.
- VI. La importancia social de los daños y perjuicios causados.
- VII. Las circunstancias especiales de comisión del delito.

ART. 89º

Rel. 64º

(COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS). Las circunstancias agravantes o atenuantes que estén fundadas en situaciones objetivas, deben influir en la individualización de las penas de todas las personas que hayan intervenido en el delito, si tenían conocimiento de ellas.

(INCOMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS). Las circunstancias agravantes o atenuantes que estén fundadas en cualidades, relaciones personales o situaciones subjetivas de una persona que intervino en el delito, no deben influir en la individualización de las penas de los demás intervinientes.

ART. 90º

Rel. 53º

(CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL OFENDIDO). Las circunstancias agravantes o atenuantes que estén fundadas en las cualidades personales del ofendido, no deben influir en la individualización de las penas de la persona que haya intervenido en el delito, ignorándolas.

(INOPERANCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS). Las circunstancias agravantes o atenuantes no deben influir en la individualización de las medidas de tratamiento especializado.

ART. 91º

Rel. 60º III

(INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS EN LOS DELITOS CULPOSOS). Al responsable de un delito cometido con intención indirecta, deben serle impuestas las penas previstas en la punibilidad del delito-tipo simple, disminuidas en una mitad.

Rel. 61º

(SANCION ALTERNATIVA). Siempre que la punibilidad del delito-tipo prevea una sanción alternativa con la privativa de libertad corporal, al responsable de un delito cometido con intención indirecta, debe serle impuesta aquélla.

ART. 92º

(INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS EN LESIONES CULPOSAS DE DOS O MÁS PERSONAS EN TRÁNSITO DE VEHÍCULOS). Cuando en el tránsito de vehículos y con intención indirecta se causen lesiones a dos o más personas, deben serle impuestas al responsable las penas de privación de libertad corporal de dos a veinte años y de suspensión o privación de derechos, si se da alguno de los siguientes supuestos:

- I. Que la gravedad de la intención indirecta sea mayor a la leve.
- II. Que nunca haya poseído permiso o licencia para conducir.

- III. Que desempeñe su trabajo como chofer.
- IV. Que haya cometido otro delito o una infracción al Reglamento de Tránsito respectivo.
- V. Que se hubiese dado a la fuga o huido.
- VI. Que el vehículo fuese de transporte público federal o local, de transporte de carga o valores particular, o bien de transporte de personal o escolares, aunque no vaya ocupado.

ART. 93º
Rel. 60º

(INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS EN HOMICIDIOS CULPOSOS DE DOS O MAS PERSONAS EN TRANSITO DE VEHICULOS). Las mismas previsiones del artículo anterior deben ser aplicadas en el caso de homicidio de dos o más personas, salvo el término de la pena privativa de libertad corporal, que debe ser de cuatro a treinta años.

(CONCURSO DE LESIONES Y HOMICIDIO). Si en el mismo supuesto se presentare un concurso de lesiones y homicidio, debe estarse a lo dispuesto en el párrafo anterior

ART. 94º
Rel. 60º

(CALIFICACION DE LA GRAVEDAD DE LA CULPA). Para calificar la gravedad de la intención indirecta, la autoridad judicial debe tomar en consideración:

- I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño.
- II. La experiencia, la aptitud y la pericia del agente.
- III. El estado de conservación y mantenimiento de los vehículos, máquinas, equipos, caminos, vías, aparatos, etc.
- IV. Las indicaciones de precaución desatendidas.
- V. El estado psicofísico del interventor.
- VI. Su arbitrio judicial.

ART. 95º

Rel. 60º VI

(INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS EN LOS DELITOS PRETERINTENSIONALES). Al responsable de un delito cometido con intención mixta, deben serle impuestas las penas previstas en la punibilidad del delito-tipo simple, disminuidas en una cuarta parte.

(SANCION ADICIONAL EN LOS DELITOS CULPOSOS Y PRETERINTENSIONALES). Cuando en el delito cometido con intención indirecta o mixta el agente actúe en ejercicio de su profesión u ocupación, además debe serle impuesta al responsable la pena de suspensión o privación del derecho para ejercerla.

ART. 96º

Rel. 64º

(INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS EN LOS DELITOS EN GRADO DE TENTATIVA). Al responsable de un delito en grado de tentativa deben serle impuestas las penas previstas en la punibilidad del delito-tipo simple, disminuidas en una tercera parte.

ART. 97º

Rel. 64º

(INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS EN LOS DELITOS CONTINUADOS). Al responsable de un delito continuado deben serle impuestas las penas previstas en la punibilidad del delito-tipo simple, aumentadas en dos terceras partes.

(SANCION ADICIONAL). En este caso, la pena de compensación del daño debe ser aumentada hasta en tres tantos de los daños y perjuicios causados, o bien de los beneficios obtenidos.

ART. 98º

Rel. 64º

(INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS EN EL CONCURSO IDEAL). Al responsable de varios delitos cometidos en concurso real o formal deben serle impuestas las penas previstas en la punibilidad del delito-tipo simple, aumentadas en una mitad.

(INDIVIDUALIZACION DE LAS PENAS EN EL CONCURSO REAL). Al responsable de varios delitos cometidos en concurso real o material, deben serle impuestas las penas previstas en la punibilidad del delito-tipo que merezca la mayor, aumentadas hasta la suma de las punibilidades de los demás delitos-tipo.

ART. 999
(CONCURRENCIA DE INTENSION). Cuando en la secuela del proceso penal se compruebe que el ofendido dio motivos suficientes para el ataque de sus bienes jurídicos en forma intensional, debe serle impuesta la pena de multa hasta por quinientos días-multa, atendiendo a la gravedad del caso.
(INOPORTANCIA DE LAS DEMAS DISPOSICIONES). En este caso, la autoridad judicial no debe tomar en consideración alguna otra de las disposiciones previstas en este Catálogo o en el de Procedimiento Penal.

ART. 1008
Reg. 51º 2º pfo.
(REGLAS PARA DETERMINAR EL AUMENTO O LA DISMINUCION DE LA PUNIBILIDAD). Cuando en los normas de este Catálogo esté previsto el aumento o la disminución de una punibilidad deben ser aumentados o disminuidos los términos mínimo y máximo que indica el delito-tipo respectivo, según la proporción que esté fijada y la graduación de la penalidad debe ser hecha sobre estos nuevos límites.

(INFLUENCIA DE LA PROPORCION). El aumento o la disminución proporcionales de una punibilidad debe influir en todas las sanciones que prevea el delito-tipo, inclusive en la multa y a excepción de la compensación del daño.

ART. 1019
(BENEFICIOS PARA LOS RESPONSABLES SOCIALES). En la individualización de las medidas de tratamiento especializado no deben considerarse las reglas previstas para la individualización de las penas.

(CASO EN QUE LA PUNIBILIDAD DEL DELITO-TIPO NO PREVEA LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD CORPORAL). Si en la punibilidad del delito-tipo respectivo no está prevista la pena privativa de libertad corporal, no debe ser impuesta una medida de tratamiento especializado en reclusión, mas que en los casos de máxima temibilidad.

CAPITULO SEXTO. DE LA IMPOSICION DE LAS PENAS.

ART. 1029
(CONVERSION DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD CORPORAL). En todos los casos en que la punibilidad del delito-tipo prevea la imposición de una pena privativa de libertad corporal, la autoridad judicial debe atender a si el sentenciado reúne los requisitos para convertirla a uno de los beneficios penales.

(INFLUENCIA DE LA RECLUSION PREVENTIVA). Al imponer una pena privativa de libertad corporal, al autoridad judicial debe descontarle el tiempo que el condenado paso en reclusión preventiva.

ART. 1039
(IMPOSICION DEL TRATAMIENTO ESPECIALIZADO PARA REHABILITACION CORPORAL). La pena de tratamiento especializado para rehabilitación corporal debe ser impuesta a criterio de la autoridad judicial, aunque no la determine el delito-tipo, si de los estudios especializados resulta que el condenado tiene necesidad de ella.

(FACILIDAD DEL JUEGADOR). La autoridad judicial está facultada para determinar si el condenado cumple primero con la pena de privación de libertad corporal o con la de tratamiento especializado para rehabilitación corporal, si lo hace en forma conjunta, o bien si solamente lo sentencia a cumplir con una de ellas.

ART. 1049
(TABLADOR DE LA MULTA). La pena de multa debe ser fijada por la autoridad judicial, de acuerdo con el siguiente tabulador:

Privación de libertad corporal:	Días-multa:
De un año un día a diez años:	De uno a ciento veinticinco.
De diez años un día a veinte años:	De ciento veintiseis a doscientos cincuenta.
De veinte años un día a treinta años:	De doscientos cincuenta y uno a trescientos setenta y seis
De treinta años un día a cuarenta años:	De trescientos setenta y siete a quinientos.

ART. 105º

Rel. 29º

(EQUIVALENCIA DE LOS DIAS-MULTA). El día-multa equivale a la percepción diaria del condenado en el momento de la consumación de la conducta delictuosa, tomando en consideración el monto total de sus ingresos por concepto de salarios.

(CASO EN QUE EL CONDENADO NO TUVIERE PERCEPCIONES). Si en el momento en que va a ser dictada la sentencia se comprueba que el sujeto no declaró percepciones, la autoridad judicial debe considerar el salario mínimo general vigente en la época en que fue consumada la conducta delictuosa y en el lugar en que se llevó a cabo el juicio.

ART. 106º

Rel. 29º

(DIAS-MULTA EN LOS DELITOS INSTANTANEOS O EN GRADO DE TENTATIVA). En los casos de delitos instantáneos o en grado de tentativa, debe ser considerado el salario mínimo general o personal del día de la consumación o del intento.

(DIAS-MULTA EN EL DELITO PERMANENTE). Para el delito permanente, debe atenderse al día en que cesó la consumación.

(DIAS-MULTA EN EL DELITO CONTINUADO). Si se trata de un delito continuado, debe estarse al día en que cesó la última consumación, o bien al que se dió el último intento.

ART. 107º

Rel. 29º

(CONVERSION DE LA MULTA). Cuando el condenado prueba que no tiene deudores subsidiarios y que es insolvente para pagar el importe total de la multa o que solamente puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial debe convertirla total o parcialmente por jornadas de trabajo en favor de la comunidad, si fue impuesta como pena principal o accesoria que no conlleve la privación de libertad corporal.

(MULTA Y PRIVACION DE LIBERTAD CORPORAL). Si la multa estuviere aunada a la privación de libertad corporal, la conversión debe hacerse por días de reclusión.

ART. 108º

Rel. 29º

(EQUIVALENCIA DE LOS DIAS-MULTA). Cada día multa equivale a una jornada de trabajo en favor de la comunidad, o bien a dos días de pena privativa de libertad corporal.

Rel. 38º

(ARBITRIO JUDICIAL). La autoridad judicial puede convertir la multa a caución, si el condenado pide un plazo para cubrirla y exhibe una fianza por el monto total de los días-multa impuestos.

ART. 109º

Rel. 29º

(PLAZO PARA PAGAR LA MULTA). La multa podrá ser cubierta en el plazo de un año, si el condenado se encuentra libre, o bien en el tiempo que dure la privación de libertad corporal, descontándose de su monto total las partes proporcionales de trabajo en favor de la comunidad o de días de reclusión que se hubieren cumplido, o bien devolviéndole al pagador su fianza.

Rel. 38º

(OBLIGACION DEL PRE-LIBERADO). Para poder obtener su libertad, el reo debe cubrir el importe total de la multa.

ART. 110º

Rel. 29º

(CASO EN QUE EL CONDENADO O EL PRE-LIBERADO SE NEGARE A PAGAR LA MULTA). Si el condenado o el pre-liberado se negare a pagar la multa sin causa justificada, la autoridad ejecutora debe exigirselo mediante el procedimiento económico-coercitivo.

(CASO EN QUE NO POSEA BIENES). Si es condenado o el pre-liberado no posee bienes para que se haga efectivo el procedimiento económico-coercitivo, la multa debe serle convertida a días de privación de libertad corporal, a razón de tres de éstos por uno de aquéllos.

ART. 111º

(LUGAR EN DONDE DEBE SER PAGADA LA MULTA). El importe total de la multa debe ser pagado en la Tesorería del lugar en donde haya sido dictada la sentencia y en un tiempo no mayor de treinta días, contados a partir de que haya causado ejecutoria la sentencia, salvo que se hubiere pedido un plazo.

Art. 36º

(MULTA Y COMPENSACION DEL DAÑO). En todos los casos de responsabilidad penal o social deben ser impuestas las penas de multa y de compensación del daño. Si el condenado no puede pagarlas, debe ser cubierta preferencialmente la compensación del daño, aplicándose en lo conducente las reglas para la conversión de la multa.

Art. 112º

Recl. 33º

(CALIDAD DE LA COMPENSACION DEL DAÑO). La deuda que general la compensación del daño debe ser preferente a cualesquiera otras contraídas con anterioridad o posterioridad al delito, a excepción de las de alimentos, en cuyo caso debe aplicarse lo conducente a la obligación del estado como deudor subsidiario.

(OBLIGACION DEL ESTADO). En todos los demás casos en que el condenado o sus deudores solidarios o subsidiarios no puedan cubrir el importe de la compensación del daño, el estado debe cubrirla con los fondos del erario público.

Art. 113º

Recl. 34º

(DETERMINACION DE LA COMPENSACION DEL DAÑO). El monto total de la compensación del daño debe ser fijado por la autoridad judicial, de conformidad con las pruebas que consten en el proceso y los tabuladores que fije el Catálogo del Procedimiento Penal.

(REPARACION Y COMPENSACION DEL DAÑO). Los daños causados pueden ser reparados, ante su imposibilidad, deben ser compensados por una cantidad de dinero, fijada conforme a las reglas del Catálogo del Procedimiento Penal. Queda a criterio del ofendido o de sus causa-habientes aceptar un pago en especie.

Art. 114º

(PAGO EN ESPECIE). Si el condenado solamente puede cubrir el importe de la compensación del daño en especie y el ofendido o sus causa-habientes no la aceptan, el estado puede cubrir la deuda con los fondos del erario público, como deudor subsidiario.

(SUJETA DE LOS BIENES). En este caso, el estado debe proceder de inmediato a la subasta pública de los bienes y el dinero que se obtenga, lo sumará a los fondos del erario público.

Art. 115º

(DAÑOS MATERIALES). El condenado sólo debe quedar obligado a compensar los daños materiales y los perjuicios que puedan probar el ofendido o sus causa-habientes en el curso del proceso, incluyendo los gastos y costas procesales.

(GASTOS Y COSTAS PROCESALES). Para todos los efectos del procedimiento penal, debe entenderse por gastos y costas procesales, todas aquellas erogaciones que el ofendido o sus causa-habientes hayan hecho con motivo de la comisión del delito.

Art. 116º

(DAÑOS MORALES). La compensación de los daños morales causados por el delito debe ser fijada por la autoridad judicial, en atención a todas sus circunstancias y consecuencias, a las peculiaridades del ofendido o sus causa-habientes y a los dictámenes de peritos médicos, de conformidad con las reglas que fija el Catálogo del Procedimiento Penal.

(DAÑOS MEDIATOS). Cuando el ofendido o hubiere sufrido consecuencias graves en su persona con motivo de la comisión del delito, que lo imposibilitan para trabajar, el condenado debe ser declarado deudor subsidiario de todas las obligaciones que hubiere contraído con anterioridad.

Art. 117º

(VARIOS OFENDIDOS). Cuando fueran varios los ofendidos o los causa-habientes a los que el condenado deba compensarles el daño, el pago debe ser hecho en forma total a cada uno, aplicándose en lo conducente, lo relativo a la subsidiariedad del estado.

Recl. 35º

(SOLIDARIDAD EN LA COMPENSACION). Cuando sean varios los delinquentes que deban compensarles el daño al ofendido o a sus causa-habientes, debe ser determinada la proporcionalidad por la autoridad judicial y la deuda será solidaria.

ART. 118º

(COMPENSACION DEL DAÑO AL ESTADO). Cuando el estado tenga la calidad de ofendido, al monto total de la multa debe sumársele el importe de la compensación del daño.

(APLICACION DE LAS PREVISIONES DE LA MULTA A LA COMPENSACION DEL DAÑO AL ESTADO). Al total que resultare en el supuesto anterior, deben serle aplicadas las previsiones de la multa, para los efectos de su pago.

ART. 119º

Rel. 32º

(PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A LA COMPENSACION DEL DAÑO). Tienen derecho a la compensación del daño:

- I. El ofendido.
- II. Los dependientes económicos del ofendido.
- III. Los parientes del ofendido, aunque no dependieren económicamente de él.

IV. Los herederos del ofendido.

(CONCURRENCIA). Este orden es preferencial y en caso de concurrencia, debe ser preferida la persona que aporte a la autoridad ministerial las pruebas necesarias para acreditar en el proceso la cuantificación del monto de los daños y perjuicios y coadyuve para promover lo necesario para asegurar su pago.

ART. 120º

(RENUNCIA A LA COMPENSACION DEL DAÑO DEL OFENDIDO). En el caso en que el ofendido renunciare a la compensación del daño, ésta debe ser ofrecida a sus causa-habientes, en el orden preferencial que señala el artículo anterior.

Rel. 35º

(COMPENSACION DEL DAÑO APLICABLE AL ESTADO). Si el ofendido y todos sus causa-habientes renunciaren a la compensación del daño, el importe debe ser aplicado a los fondos del erario público, con el propósito de que sea destinado en beneficio de la procuración y la administración de justicia penal.

ART. 121º

Rel. 22º (PERSONAS OBLIGADAS A COMPENSAR EL DAÑO). Deben quedar

obligadas a compensar el daño:

- I. El delincuente.
- II. Los ascendientes, por los descendientes que se hallaren bajo su patria potestad.
- III. Los tutores, curadores o custodios, por los menores o incapacitados que estuvieren bajo su cuidado.
- IV. Los directores de escuelas, internados, instituciones de tratamiento, tutela o reclusión, por las personas que estuvieren bajo su cuidado.
- V. Los patronos, por sus trabajadores, cuando el delito se hubiere cometido con motivo en el desempeño de su cargo.
- VI. Las agrupaciones, por sus miembros, cuando el delito se hubiere cometido con motivo o en el desempeño de su cargo, o bien bajo su amparo, en su nombre o en su beneficio.
- VII. La sociedad conyugal, cuando el otro cónyuge hubiere tenido conocimiento del delito.
- VIII. El estado, por sus servidores públicos, excepto cuando tenga la calidad de ofendido.

(CALIDAD DE LA OBLIGACION). Estas personas adquieren el carácter de deudores solidarios o subsidiarios, en su caso.

ART. 122º

Rel. 34º

(VIA LEGAL PARA EXIGIR LA COMPENSACION DEL DAÑO). Para que la compensación del daño pueda serle impuesta al delincuente o a sus deudores solidarios en la sentencia, debe ser exigida por la autoridad ministerial en sus conclusiones y de oficio, de conformidad con las pruebas que hubiere aportado al proceso la persona que tenga derecho a ella y las reglas del Catálogo del Procedimiento Penal.

(INCIDENTE). Cuando la compensación del daño le sea exigible a terceros o al estado como deuda subsidiaria, debe ser tramitada en forma de incidente, conforme a las reglas del Catálogo del Procedimiento Penal.

(COMPENSACION DEL DAÑO POR ILICITO PENAL). Cuando al finalizar el procedimiento penal no hubiese sido probada la existencia del delito o de la responsabilidad y existiere un daño, su compensación debe ser exigida or la vía civil, de conformidad con las reglas que fije el Catálogo del Procedimiento de esa materia.

ART. 123º

(**OBLIGACION DE LA AUTORIDAD MINISTERIAL**). La autoridad ministerial adscrita al juzgado tiene la obligación de indicarle a la persona que tenga derecho a la compensación del daño, que le allegue las pruebas suficientes para acreditar su existencia y cuantificar el monto de los daños y perjuicios y de solicitar el peritaje médico para determinar el daño moral.

(**INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION**). Cuando la autoridad ministerial no cumpla con las obligaciones para tratar la compensación del daño, determinar su monto o asegurar su pago, la persona que tenga derecho a ella debe promover el incidente, para que la omisa cubra el monto.

ART. 124º

(**TIEMPO PARA CUBRIR LA COMPENSACION DEL DAÑO**). El condenado debe cubrir el importe de la compensación del daño en un tiempo no mayor de treinta días, contados a partir de que la sentencia cause ejecutoria, poniéndose a disposición de la autoridad ejecutora, para que en un plazo no mayor de tres días lo entregue a la persona que tenga derecho a él.

(**PLAZO PARA CUBRIR LA COMPENSACION DEL DAÑO**). El condenado puede pedir un plazo de noventa días más, para saldar el importe de la compensación del daño. En este caso el estado debe cubrir su monto total y los pagos posteriores, deben ser hechos a favor del erario público.

ART. 125º

(**CASO EN QUE EL CONDENADO SE NIEGUE SIN CAUSA JUSTIFICADA A CUBRIR EL PAGO DE LA COMPENSACION DEL DAÑO**). Cuando el condenado se niegue sin causa justificada a cubrir el importe de la compensación del daño, la autoridad ejecutora debe exigirle mediante el procedimiento económico-coercitivo.

(**INSOLVENCIA DEBIDAMENTE ACREDITADA**). Cuando se pruebe que el condenado es insolvente para cubrir la compensación del daño a la persona que tenga derecho a ella, el estado debe hacerlo, quedando como acreedor.

ART. 126º

Rel. 37º

(**FORMA PARA PAGARLE AL ESTADO LA COMPENSACION DEL DAÑO QUE CUBRIR**). Cuando el condenado resulte insolvente para pagarle al estado la compensación del daño que cubrió como deudor subsidiario, debe procederse conforme a las disposiciones relativas para el pago de la multa.

ART. 127º

(**COMPENSACION DEL DAÑO A FAVOR DEL ESTADO O DE LA SOCIEDAD**). Cuando la sociedad o el estado tengan la calidad de ofendidos, el condenado debe pagar hasta tres veces más del monto de los daños y perjuicios causados, si tiene el carácter de servidor público.

(**ALCANCE DE LA COMPENSACION DEL DAÑO A FAVOR DE LA SOCIEDAD**). Para determinar el monto de la compensación del daño a favor de la sociedad o del estado, solamente deben ser tomados como base los daños de carácter material y los perjuicios causados.

ART. 128º

(**COMPENSACION DEL DAÑO A CARGO DEL ESTADO**). La compensación del daño a cargo del estado debe hacerla la autoridad judicial o la ejecutora, considerando las constancias procesales y las reglas del Catálogo del Procedimiento Penal. En caso de omisión, el pago será hecho por la autoridad omisa.

ART. 129º

(**ALCANCE DE LA COMPENSACION DEL DAÑO A CARGO DEL ESTADO**). La compensación del daño a cargo del estado debe comprender:

- I. El pago de los daños materiales y de los daños materiales y de los perjuicios causados.

- II. El pago de los gastos y costas procesales que hayan sido erogados con motivo del proceso.

- III. Una indemnización especial que debe ser fijada conforme al Catálogo del Procedimiento Penal.

ART. 130º

(**MOMENTO DE LA COMPENSACION DEL DAÑO A CARGO DEL ESTADO**). El estado debe proceder al pago de la compensación del daño, en el momento mismo en que a la persona se le notifique que la sentencia ha causado ejecutoria, o bien que fue reconocida su inocencia.

(**ATRASO**). Por cada día que el estado se atrase en el pago de la compensación del daño, el monto total debe sumársele un día de salario mínimo personal o general.

ART. 131º
(CASO EN QUE NO HAYA SIDO HECHO EL PAGO). Si pasados ciento ochenta días de que la sentencia causó ejecutoria o fue reconocida la inocencia de una persona, el estado no ha hecho el pago de la compensación del daño, la autoridad ejecutora debe hacerlo de inmediato, con los fondos del erario público.

(DUPLICACION). Si en el plazo señalado en el párrafo anterior, no hubiere sido cubierta la compensación del daño, la cantidad debe duplicarse por cada ocho días de atraso.

ART. 132º

Rel. 40º

(COSAS QUE PUEDEN SER DECOMISADAS). Todos los instrumentos del delito deben ser decomisados, si son de uso ilícito. Si fueren de uso lícito, solamente deben ser decomisados cuando se relacionen con un delito cometido con intención directa o dolosa. Las armas deben ser decomisadas en todos los casos.

(OBJETOS Y PRODUCTOS DEL DELITO). Los objetos y productos de un sólo deben ser decomisados si son de uso o comercio ilícito.

ART. 133º

Rel. 40º

(PERTENENCIA A UN TERCERO). Cuando los instrumentos, objetos o productos del delito sean de uso o comercio ilícito, la autoridad judicial está facultada para decomisarlos, aunque no haya sido probada la existencia del delito o de la responsabilidad.

ART. 134º

Rel. 41º

(COSAS NOCIVAS O PELIGROSAS). Si los instrumentos, objetos o productos del delito fueren cosas nocivas o peligrosas, deben ser destruidos en un plazo de treinta días contados a partir de que cause ejecutoria la sentencia que los decomisa.

(CONSERVACION). Solamente cuando éstos sean útiles para fines científicos o docentes, o bien pertenezcan al erario público, la autoridad judicial está facultada para determinar su conservación.

ART. 135º

(BIENES DE LA SOCIEDAD O DEL ESTADO). Cuando se trate de un delito cometido en contra del patrimonio de la sociedad o en perjuicio del estado, todos los bienes del delincuente y de sus familiares deben recogerse o asegurarse, en tanto se dicta sentencia, en la cual debe ser determinada su procedencia lícita.

(BIENES DE TERCEROS). Aunque esos bienes estén a nombre de un tercero, si logra determinarse que pertenecen al erario público o que fueron adquiridos con sus fondos, deben decomisarse.

ART. 136º

Rel. 40º

(ASEGURAMIENTO DE LOS BIENES). La autoridad ministerial debe proceder al aseguramiento de los bienes muebles que deban ser objeto del decomiso en forma inmediata, colocándolos en un lugar seguro, bajo su más estrecha responsabilidad y a disposición de la autoridad judicial.

(BIENES INMUEBLES). El aseguramiento de los bienes inmuebles que deban ser objeto del decomiso, debe ser hecho con los sellos correspondientes, colocados en un lugar visible y, mediante oficio, deben ser puestos a disposición de la autoridad judicial.

ART. 137º

(BIENES EN CUSTODIA). En casos especiales, a criterio de la autoridad ministerial, los bienes muebles e inmuebles no serán recogidos o asegurados conforme al artículo anterior, sino que se dejarán en tenencia de una determinada persona y a disposición de la autoridad judicial, hasta que en la sentencia se determine su destino.

(ADVERTENCIA). En estos casos el tenedor debe obligarse a mantener y a conservar los bienes en el estado que le fueron entregados y a no hacerles reparaciones o mejoras, sin el permiso de la autoridad judicial que los tenga a su disposición.

ART. 138º
Rel. 40º y 41º

(COSAS QUE NO SEAN RECOGIDAS). Los instrumentos, objetos o productos del delito que se encuentren a disposición de la autoridad judicial, que no hayan sido decomisados y que en el plazo de tres meses, contados a partir de que la sentencia cause ejecutoria, no sean recogidos por la persona que tiene derecho a ellos, deben ser entregados a la autoridad ejecutora, para que les designe utilidad o los subaste públicamente.

(COSAS DECOMISADAS). De igual forma debe procederse con las cosas decomisadas que no hayan sido destruidas o entregadas para fines científicos o docentes.

ART. 139º
Rel. 41º

(PRODUCTO DE LA SUBASTA). El producto de la subasta pública debe ser destinado a la procuración y a la administración de justicia penal.

ART. 140º
Rel. 45º y 46º

(SUSPENSIÓN DE DERECHOS CONJUNTA). La pena privativa de libertad corporal lleva aparejada la suspensión de los derechos políticos y de cualquier otro de los cuales que necesariamente deben ser ejercidos en libertad.

(SUSPENSIÓN O PRIVACIÓN DE DERECHOS). La sentencia que imponga la suspensión o privación de derechos debe explicar claramente a cuál se refiere y por cuánto tiempo será la suspensión. En caso de omisión, debe tenerse por no impuesta.

ART. 141º
Rel. 46º

(COMIATO DEL TÉRMINO DE LA SUSPENSIÓN O PRIVACIÓN DE DERECHOS). La suspensión o privación de derechos cesará a correr al finalizar la pena privativa de libertad corporal, o bien, si es pena única o no aurada a la reclusión, en el momento en que la sentencia cause ejecutoria.

(ADVERTENCIA). Si el delito-tipo en su punibilidad únicamente hace referencia a la pena de suspensión o privación de derechos, queda a criterio de la autoridad judicial determinar cuáles serán y por cuánto tiempo, con el único límite de que sea congruente con la naturaleza y con la gravedad del delito.

ART. 142º
Rel. 47º

(PUBLICIDAD ESPECIAL DE LA SENTENCIA). En todos los casos en que el ofendido o sus causa-habientes soliciten la publicidad especial de la sentencia, debe ser a su costa.

(FORMA DE HACERLA). El ofendido o sus causa-habientes pueden elegir las características de la publicidad especial de sentencia y los medios en los cuales será hecha, quedando a cargo del delincuente o del estado.

(DISPOSICIÓN ESPECIAL). La publicidad especial de la sentencia sólo podrá ser hecha en el periódico oficial o en la compilación de jurisprudencia, si fue impuesta al estado, o bien si el ofendido la solicita y sufraga los gastos.

ART. 143º

(PENAS TUTELARES). Cuando un menor de dieciocho años resultare responsable pena, la autoridad judicial debe procurar convertirlo a la pena tutelar a uno de ellos beneficios penales.

(ADVERTENCIA). Por ningún concepto el menor de dieciocho años de edad debe llevar a un centro de reclusión para adultos, ni el mayor permanecer en un centro de tratamiento tutelar.

ART. 144º

(REVISIÓN DE SENTENCIA). Cuando un menor de edad responsable penal se encontrare comparando una pena tutelar y cumpliere los dieciocho años, la autoridad judicial debe proceder a la revisión de sus sentencia, para comprobar la necesidad de que pase a un centro de reclusión para adultos, o bien para rehabilitarlo.

(REHABILITACION). Si de los estudios especializados resultare que al menor ya puede rehabilitárselo, debe ser puesto en libertad absoluta e inmediata; en el caso contrario, debe pasar a un centro penitenciario para adultos.

ART. 145º
(EXTINCION DE LA PENA TUTELAR). Cuando el condenado a cumplir con una pena tutelar hubiese o se fugase y posteriormente fuese reaprehendido, la sanción impuesta debe considerarse extinta, si ha cumplido los dieciocho años de edad.

CAPITULO SEPTIMO. DE LA IMPOSICION DE LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO ESPECIALIZADO.

ART. 146º
Rel. 67º
(ARBITRIO JUDICIAL). La autoridad judicial puede elegir la medida de tratamiento especializado, tomando en consideración las prevenciones del artículo 101.

(LUGAR EN DONDE DEBE SER CUMPLIDA). En el caso en que la medida de tratamiento especializado deba ser cumplida en reclusión, el condenado debe ser puesto a disposición de la autoridad ejecutora en la institución pública sanitaria correspondiente.

ART. 147º
Rel. 69º
(DURACION DE LA MEDIDA DE TRATAMIENTO ESPECIALIZADO). La medida de tratamiento especializado no debe exceder en su duración al máximo previsto en la punibilidad del delito-tipo respectivo, salvo en los casos de temibilidad alta.

(EXCEPCION). En el caso de que la punibilidad del delito-tipo respectivo no prevea la pena privativa de libertad corporal, la duración de la medida debe ser determinada según el grado de temibilidad del delincuente.

ART. 148º
Rel. 69º
(CONCLUSION DE LA MEDIDA Y NECESIDAD DE QUE CONTINUE EL TRATAMIENTO). Si una vez que el delincuente haya cumplido la medida de tratamiento especializado impuesta en sentencia, la autoridad ejecutora prueba que el conpurgado necesita aún de atención médica, clínica, laboral, educativa y/o recreativa, debe poner a sus representantes legales en contacto con la autoridad correspondiente.

Rel. 68º
(MODIFICACION O CONCLUSION DE LA MEDIDA). La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida de tratamiento especializado en forma provisional o definitiva, considerando el estado de salud general de l condenado, el cual debe revisarse en forma mensual por los peritos psiquiatras y por los trabajadores sociales.

ART. 149º
Rel. 65º
(CONVERSION DE LA MEDIDA). Los responsables sociales podrán ser entregados por la autoridad judicial a la persona que legalmente le corresponda hacerse cargo de ellos, siempre y cuando se obliguen a procurarles atención integral, no sean de máxima temibilidad, otorguen responsiva médica y caución suficiente para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. En caso de incumplimiento, la medida convertida debe hacerse efectiva.

(EXTINCION DE LA MEDIDA DE TRATAMIENTO ESPECIALIZADO). Cuando el sentenciado a cumplir con una medida de tratamiento especializado hubiere o se fugare y posteriormente fuese reaprehendido, debe considerarse extinta su sanción, si con los estudios especializados se prueba que sus condiciones personales ya no corresponden a las que dieron origen a su imposición.

CAPITULO OCTAVO. DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE INFLUYEN EN LA INDIVIDUALIZACION E IMPOSICION DE LAS SANCIONES PENALES.

ART. 150º
(CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES). Deben ser consideradas como circunstancias generales que atenúan las sanciones penales:

- I. El arrepentimiento activo y eficaz.
- II. La compensación del daño anterior a la sentencia.
- III. La presentación voluntaria ante la autoridad ministerial.
- IV. La confesión espontánea ante la autoridad ministerial, si no hubo retractación o modificaciones substanciales.
- V. La provocación proporcional al delito.
- VI. La vindicación inmediata a una ofensa grave.

VII. Todas aquellas que disminuyan el grado de reprochabilidad de la conducta asumida.

(EVALUACION). Queda a criterio de la autoridad judicial evaluar en qué casos procedan las circunstancias atenuantes generales y en qué proporción modifican las sanciones a imponer, si no existe previsión especial.

ART. 151^º

(CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES). Deben ser consideradas como circunstancias generales que agravan las sanciones penales:

- I. Obrar con mezquindad o ensañamiento.
 - II. Emplear medios peligrosos.
 - III. Aprovechar estados de confusión, catástrofe o desorden públicos.
 - IV. Cometer el delito en lugar cerrado, desprotegido o habitado.
 - V. Procurarse de cualquier forma la impunidad.
 - VI. Cometer el delito bajo remuneración.
 - VII. Hacer uso de drogas para determinarse a cometer el delito.
 - VIII. Ejecutar el delito con menosprecio a las condiciones del ofendido, del lugar o de la autoridad.
- (EVALUACION). Queda a criterio de la autoridad judicial evaluar en qué casos procedan las circunstancias generales agravantes y en qué proporción modifican las sanciones a imponer, salvo que haya previsión especial.

ART. 152^º

(CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECIALES). Deben ser consideradas como circunstancias especiales que agravan las sanciones penales:

- Rel. 315^º, 2^a. y 3^a.
- I. (PREMEDITACION). Que el agente hubiese reflexionado con anterioridad suficiente a la comisión del delito, como para planearlo.
- Rel. 318^º
- II. (ALFOSIA). Que el agente hubiese sorprendido a la persona ofendida, procurándole un estado de indefensión.
- Rel. 316^º
- III. (VENTAJA). Que el agente sea superior en fuerza física, en habilidad o en destreza al ofendido y con ello debilite su defensa.
- IV. (TRAICION). Que el agente viole la fe o la seguridad que el ofendido espera de él, por sus relaciones personales.
- V. (PANDILLA). Que el delito sea ejecutado por dos o más personas, existiendo un previo acuerdo.
- VI. (GUERRILLA). Que el delito sea ejecutado por dos o más personas, existiendo un previo acuerdo y empleando armas.

ART. 153^º

- (PUNIBILIDAD PARA LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECIALES). Al responsable de un delito agravado deben serle impuestas las siguientes penas:
- I. Una cuarta parte más de la punibilidad correspondiente al delito-tipo simple, cuando concurre una sola calificativa.
 - II. Dos cuartas partes más de la punibilidad correspondiente al delito-tipo simple, cuando concurren dos calificativas.
 - III. Tres cuartas partes más de la punibilidad correspondiente al delito-tipo simple, cuando concurren tres calificativas.
 - IV. El doble de la punibilidad correspondiente al delito-tipo simple, cuando concurren cuatro calificativas.
 - V. La privación de la vida, cuando concurren más de cuatro calificativas.

CAPITULO NOVENO. DEL CUMPLIMIENTO DE LOS BENEFICIOS PENALES.

ART. 154^º

Rel. 71^º (CUMPLIMIENTO DE UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD CORPORAL CONVERTIDA). Cuando al condenado le haya sido otorgado un beneficio penal y no cumpla con las condiciones que le fueron señaladas por la autoridad judicial en la sentencia, la autoridad ejecutora debe proceder a hacer efectiva la pena privativa de libertad corporal convertida y la caución otorgada.

(SUSTITUCION DE LA PENA PARA LOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DE EDAD). Los menores de dieciocho años de edad podrán ser entregados por la autoridad ejecutora a quienes legalmente les corresponda hacerse cargo de ellos, siempre y cuando se obliguen a educarlos y vigilarlos, tengan un hogar bien integrado, no sean de alta tendencia delictuosa y otorguen caución suficiente para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas. En caso de incumplimiento, la pena convertida debe hacerse efectiva.

ART. 155º

Rel. 70º

(REQUISITOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LOS BENEFICIOS PENALES). Para que proceda el otorgamiento de los beneficios penales, deben ser cubiertos los siguientes requisitos:

- I. Que conviertan la pena privativa de libertad corporal.
- II. Que el término de la pena impuesta no rebase los cinco años.
- III. Que se trate de un infractor o de un primodelincuente.
- IV. Que se hubiere cometido un solo delito.

V. Que de los estudios especializados se pruebe que la tendencia a delinquir de la persona es baja.

VI. Que se satisfaga o comprometa el pago de la compensación del daño.

VII. Que se otorgue caución fijada a juicio de la autoridad judicial

(ARBITRIO JUDICIAL). Solamente la autoridad judicial natural está facultada para decidir si otorga o no un beneficio penal al condenado y cuál de ellos procede. En caso de que lo niegue, debe fundamentar su decisión, la cual no puede ser revocada en la siguiente instancia.

ART. 156º

Rel. 27º

(SEMI-LIBERTAD). En la semi-libertad existen las siguientes modalidades:

- I. Reclusión diurna con salida nocturna.
- II. Reclusión nocturna con salida diurna.
- III. Reclusión de días laborales con salida los sábados y los domingos.
- IV. Reclusión de sábados y domingos con salida los días laborales.

(ARBITRIO JUDICIAL). Debe entenderse que sólo la autoridad judicial está facultada para fijar las modalidades de la semi-libertad, atendiendo a las peculiaridades del condenado.

ART. 157º

Rel. 27º

(TRABAJO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD). El trabajo en favor de la comunidad debe ser cumplido en jornadas distintas al horario de labores que represente la principal fuente de ingresos del condenado y sus dependientes económicos, sin que deba exceder de tres horas diarias y de tres veces por semana.

(FORMA DE REALIZARLO). El trabajo en favor de la comunidad debe ser desarrollado en forma tal, que no resulte degradante o humillante para el condenado. De preferencia debe prestarlo en el área para la cual esté capacitado.

ART. 158º

Rel. 42º y 43º

(FORMA DE APERCIBIR O AMONESTAR). El apercibimiento y la amonestación deben ser hechos por la autoridad judicial y en audiencia pública, haciendo hincapié en lo reprochable de la conducta del condenado y sin humillarlo.

ART. 159º

(CAUCIÓN). El monto de la caución y su modalidad deben ser fijados al prudente arbitrio de la autoridad judicial, motivando su decisión.
(MODALIDADES DE LA CAUCIÓN). La caución debe ser entendida como el género y sus dos especies son: La fianza y el depósito.

CAPITULO DECIMO. DEL CESE DE LA PRETENSION PUNITIVA ESTATAL.

ART. 160º

(DESISTIMIENTO Y ARREPENIMIENTO). La pretensión punitiva estatal debe cesar en sus efectos de ejecución de sanciones, cuando en los delitos en grado de tentativa en contra de bienes jurídicos disponibles, el agente no los consume por causas propias de su voluntad.

Rel. 333º

(IMPROCEDENCIA DEL ABORTO). La pretensión punitiva estatal debe cesar en todos sus efectos, en los casos de aborto causado con intención indirecta o culpa de la persona embarazada, sea cual fuere su tiempo de embarazo.

ART. 161^º
(DELITOS CILROLOG EN CONTRA DE FAMILIARES). La pretensión punitiva estatal debe cesar en sus efectos de ejecución de sanciones, cuando por intención indirecta del agente se hayan causado lesiones, homicidio o aborto de sus familiares, si la culpa fue calificada como leve.
(EUTANASIA). La pretensión punitiva estatal debe cesar en sus efectos de imposición de pena, en el delito de eutanasia, cuando el agente fuese pariente en primer grado en línea recta del ofendido.

(227) LIBRO SEGUNDO. DE LA PARTE ESPECIAL.

(A) TITULO PRIMERO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LOS BIENES JURIDICOS DE LAS PERSONAS.

CAPITULO PRIMERO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA VIDA Y LA SALUD PERSONALES.

ART. 162^º
ReL. 302^º y 307^º (vida).
(HOMICIDIO). Cometerá el delito de homicidio: Aquel que prive de la vida a una persona.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de homicidio debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de ocho a veinte años.

ART. 163^º (vida).
(EUTANASIA). Cometerá el delito de eutanasia: Aquel que prive de la vida a una persona desahuciada, sin más fin que el de evitarle una agonía prolongada.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de eutanasia debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a tres años.

ART. 164^º
ReL. 323^º y 324^º (vida)
(PARRICIDIO). Cometerá el delito de parricidio: Aquel que prive de la vida a un pariente, a su cónyuge o a su cónyuge, a pesar de conocer esa relación.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de parricidio debe ser le impuesta la pena de privación de libertad corporal de diez a veinte años.

ART. 165^º
ReL. 325^º y 326^º (vida)
(INFANTICIDIO). Cometerá el delito de infanticidio: Aquel que prive de la vida a un menor de doce años.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de infanticidio debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de doce a veinte años.

ART. 166^º
ReL. 312^º y 313^º (vida)
(INDUCCIÓN O AYUDA AL SUICIDIO). Cometerá el delito de inducción o ayuda al suicidio: Aquel que determine o auxilie a una persona, para que se quite la vida.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de inducción o ayuda al suicidio debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a cinco años.
(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Al responsable de un delito de inducción o ayuda al suicidio de una persona menor de dieciocho años de edad, imposibilitada de comprensión y/o conducción o anciana, debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de dos a diez años.

ART. 167^º
ReL. 329^º, 330^º y 332^º (vida, salud y derecho a la maternidad).
(ABORTO). Cometerá el delito de aborto: Aquel que provoque la interrupción del embarazo.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de aborto debe serle impuesta la siguiente pena:

I. Privación de libertad corporal de cuatro a diez años, si fuere en cualquier tiempo del embarazo, con o sin el consentimiento de la persona embarazada menor de doce años de edad, o bien dentro de los tres primeros meses del embarazo de las mismas personas, sin el consentimiento de sus legítimos representantes.
II. Privación de libertad corporal de tres a seis años, si fue en cualquier tiempo del embarazo y sin el consentimiento de la persona embarazada.

III. Privación de libertad corporal de cuatro a siete años, si fue después del tercer mes del embarazo y con el consentimiento de la persona embarazada.

IV. Privación de libertad corporal de uno a seis años, si fue después del tercer mes de embarazo a la persona embarazada que consienta su aborto.

V. Privación de libertad corporal de tres a diez años, a la persona embarazada que en cualquier tiempo se procure el aborto.

ART. 168º

Rel. 288º (salud)

(LESIONES). Cometerá el delito de lesiones: Aquél que cause a otro

una alteración en la salud.

(PUNIBILIDADES). Al responsable de un delito de lesiones debe serle impuesta la siguiente pena:

Rel. 289º

1a. pte.

I. Multa de uno a quinientos días-multa, cuando tarden hasta quince días en sanar.

Rel. 289º 2a. pte.

II. Privación de libertad corporal de uno a dos años, cuando tarden más de quince días en sanar.

III. Privación de libertad corporal de dos a tres años, cuando dejen una cicatriz en el cuerpo.

Rel. 292º

IV. Privación de libertad corporal de tres a cinco años, cuando dejen una cicatriz en notable en la cara.

V. Privación de libertad corporal de cuatro a diez años, cuando altere la salud mental.

Rel. 292º

VI. Privación de libertad corporal de cuatro a seis años, cuando provoque una enfermedad incurable.

Rel. 292º

VII. Privación de libertad corporal de cinco a ocho años, cuando provoque la inutilización de un órgano, perjudique una función o deje una deformidad.

Rel. 292º

VIII. Privación de libertad corporal de dos a once años, cuando provoquen incapacidad para trabajar, pérdida e un sentido o de la función sexual.

Rel. 293º

IX. Privación de libertad corporal de tres a seis años, además de las que le correspondan, según las clasificaciones anteriores, si pusieron o ponen en peligro la vida.

(TENTATIVA DE LESIONES). Cuando se hubiere cometido un delito de lesiones en grado de tentativa, debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a dos años.

CAPITULO SEGUNDO. DE LAS REGLAS PARA LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA VIDA Y LA SALUD PERSONALES.

ART. 169º

Rel. 297º

(CIRCUNSTANCIA ATENUANTE). Debe entenderse que los delitos en contra de la vida y la salud personales son atenuados, cuando hubieren sido cometidos en rina. Para los efectos penales se entiende por rina la contienda de obra aceptada.

Rel. 314º

(PUNIBILIDAD DE LA RINA). Al responsable de un delito en contra de la vida y la salud personales debe serle impuesta la mitad de la punibilidad simple.

(INOPERANCIA DE LA RINA). La circunstancia atenuante de la rina no debe operar en los delitos de eutanasia, parricidio o inducción o ayuda al suicidio; asimismo, es inoperante cuando el ofendido fuere menor de doce años de edad, estuviere imposibilitado de comprensión y/o conducción o se encuentre en la edad senil.

ART. 170º

Rel. 315º

(PRESUNCION DE AGRAVAMIES). Deben ser sancionados como calificadas con todas las agravantes, de acuerdo con la fracción V del artículo 153º, los delitos en contra de la vida y la salud personales, cuando hubieren sido cometidos por medio de inundación, incendio, substancias nocivas, contagio venéreo, asfixia, retribución, tormento, bombas o explosivos, o en minas.

(DELITOS AGRAVADOS). de la misma forma deben ser sancionados los delitos en contra de la vida y la salud personales, cuando sean consecuencia de: Secuestro, retención condicionada, rapto, violación, asalto, robo y cualesquier otro de los delitos en contra de la seguridad social en materia de salud.

(DELITOS QUE HAYAN PELIGRAR LA SEGURIDAD SOCIAL). Cuando los delitos en contra de la vida y la salud personales hubieran sido cometidos en un lugar público o con peligro para los concurrentes, la punibilidad simple debe ser agravada en una tercera parte.

ART. 171º
ReL. 328º y 329º

(SANCIONES ADICIONALES). Al responsable de un delito en contra de la vida y la salud personal cometido en el ejercicio de su profesión o trabajo, de una relación civil o médica debe serle impuesta además de la punibilidad que le corresponda, la pena de suspensión o privación de derechos.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Al responsable de un delito en contra de la vida y la salud personales, a excepción del infanticidio, cometido en contra de un menor de dieciocho años de edad, imposibilitado de comprensión y/o conducción o de un sujeto en edad senil, debe imponérsele además, una tercera parte de la punibilidad simple.

(SANCIONES ADICIONALES). Al responsable de un delito de parricidio, infanticidio, aborto, inducción o ayuda al suicidio debe serle impuesta además, la privación del derecho a heredar del ofendido, en su caso.

ART. 172º

(LESIONES QUE DERIVAN EN HOMICIDIO). El autor de lesiones, debe ser sancionado conforme a la punibilidad prevista en el delito-tipo de homicidio, si el lesionado muere dentro de los sesenta días naturales, contados a partir del momento en que fueron inferidas.

(REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD). Para que proceda la disposición anterior, las lesiones deben ser clasificadas como mortales.

ART. 173º

(PREVISIONES ESPECIALES PARA EL ABORTO). Para que cese la pretensión punitiva entretanto en todos sus efectos, debe probarse que el delito de aborto fue ejecutado dentro de los tres primeros meses del embarazo, con el consentimiento de la persona embarazada, o bien de sus legítimos representantes, practicado por un médico gineco-obstetra, con las medidas adecuadas y en el lugar necesario para que la persona embarazada no corra riesgos.

(ABORTO PRACTICADO POR UNA PERSONA QUE NO SEA MEDICO GINECO-OBSTETRA). Al responsable de un delito de aborto, que hubiere realizado maniobras abortivas sin ser médico gineco-obstetra, debe serle impuesta la punibilidad prevista en la fracción V del artículo 167º y la suspensión o privación de derechos.

CAPITULO TERCERO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA LIBERTAD PERSONAL.

ART. 174º (libertad de locomoción)
ReL. 364º

(PRIVACION DE LA LIBERTAD PERSONAL). Cometerá el delito de privación de libertad personal: Aquél que detenga a otro en cualquier lugar, sin orden de autoridad competente.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de privación de libertad personal debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a tres años, si la detención no excede de setenta y dos horas. Por cada veinticuatro horas más o fracción que exceda de la mitad, la punibilidad simple debe ser aumentada en un tercio.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Al responsable de un delito de privación de libertad personal que haya realizado la detención con violencia, engaño, en lugar desprotegido, ostentándose como autoridad, o bien en menores de dieciocho años de edad, imposibilitados de comprensión o conducción, o ancianos, la punibilidad respectiva debe serle aumentada en una cuarta parte.

ART. 175º

ReL. 366º (libertad de locomoción)

(SECUESTRO). Cometerá el delito de secuestro: Aquél que privo de la libertad personal a otro, con alguno de los siguientes fines:

- I. Para obtener un rescate en dinero o en especie.
- II. Para causarle daños o perjuicios al ofendido o a una persona con la que esté relacionado.

III. Deteniéndolo en calidad de rehén, para obligar a la autoridad a que realice, deje de realizar o tolere una conducta.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de secuestro debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de tres a doce años.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). A la punibilidad simple debe aumentársele una cuarta parte, cuando el secuestro hubiere sido realizado con violencia, engaño, en lugar desprotegido, ostentándose como autoridad, o bien en menores de dieciocho años de edad, imposibilitados de comprensión o conducción o ancianos.

(PUNIBILIDAD MENUADA). Al responsable de un delito de secuestro que espontáneamente hubiera puesto en libertad al ofendido, sin obtener sus fines y sin causarle daños, sólo debe serle impuesta la mitad de la punibilidad simple.

ART. 176º (Libertad de locomoción)

(RETENCION CONDICIONADA). Cometerá el delito de retención condicionada: El encargado de un centro de salud o de una agencia funeraria que impida, retarde o riesque la salida de un paciente, lesionado, recién nacido o cadáver, pretextando adeudos.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de retención condicionada deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a cuatro años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 177º (Libertad de locomoción y de trabajo)

(APROVECHAMIENTO DE INFERIORIDAD). Cometerá el delito de aprovechamiento de inferioridad: Aquél que valga de la ignorancia, inexperiencia o necesidad del ofendido, para celebrar con él un contrato para privarlo de su libertad o constituirlo en una especie de servidumbre mal remunerada.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de aprovechamiento de inferioridad debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a seis años.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Cuando el ofendido sea un menor de dieciocho años de edad, imposibilitado de comprensión o conducción, o anciano, o bien haga uso de violencia, la punibilidad simple debe serle agravada en una mitad.

ART. 178º

Rel. 205º

(TRATA DE PERSONAS). Cometerá el delito de trata de personas, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

(Libertad sexual)

I. Promueva, consiga, facilite, entregue a una persona, para que ejerza la prostitución.

(Libertad de trabajo)

II. Promueva, consiga, facilite o entregue a una persona, para que la empleen sin su consentimiento.

(Libertad personal)

III. Promueva, consiga, facilite, entregue o induzca a una persona para que se la prive de su libertad.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de trata de personas debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a seis años.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Si la persona tratada fuese menor de dieciocho años de edad, imposibilitada de comprensión o conducción, o bien se emplease violencia o engaño, la punibilidad simple debe ser agravada en una mitad.

ART. 179º

Rel. 267º (Libertad sexual)

(RAPTO). Cometerá el delito de raptó: Aquél que sustraiga, retenga u obtenga a una persona mayor de dieciocho años de edad, por medio de la violencia, a cambio de un beneficio o con una promesa de matrimonio, con el fin de satisfacer un deseo erótico, obtener una relación sexual o casarse.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de raptó debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a quince años.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Cuando se trate de una persona imposibilitada de comprensión o conducción, la punibilidad simple debe serle agravada en una mitad.

(PUNIBILIDAD ADICIONAL). Además, el responsable de un delito de raptó debe ser condenado al pago de alimentos a la persona ofendida y al hijo que resultare, a título de compensación del daño y en los términos del Código Civil.

ART. 180º

Real. 266º (libertad sexual)
(VIOLACION SEXUAL). Cometerá el delito de violación sexual: Aquél que, por medio de la violencia, tenga relación sexual con una persona mayor de dieciocho años de edad.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de violación sexual debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de diez a veinticinco años.

(PUNIBILIDAD ADICIONAL). Además, el responsable de un delito de violación sexual debe ser condenado al pago de alimentos a la persona ofendida y al hijo que resultare, a título de compensación del daño y en los términos del Código Civil.

ART. 181º

Real. 266º (PUNIBILIDAD AGRAVADA EN LA VIOLACION SEXUAL). Cuando la persona violada previamente hubiese estado imposibilitada de comprensión o conducción, o bien fuere anciana, la punibilidad simple debe agravarse en una mitad.

Real. 266º bis

(VIOLACION TUMULTUARIA). Cuando en el delito de violación sexual hubiesen intervenido dos o más personas, debe ser sancionado como calificado con todas las agravantes, de acuerdo con la fracción V del artículo 153º.

(PUNIBILIDAD ADICIONAL). Cuando el violador sexual guardase alguna relación personal con la persona ofendida, además debe serle impuesta la pena de suspensión o privación de derechos.

ART. 182º (libertad sexual)

(ABUSO SEXUAL). Cometerá el delito de abuso sexual: Aquél que, sin el consentimiento de una persona mayor de dieciocho años de edad, ejecute en ella un acto erótico, o bien la induzca a ejecutarlo, sin el fin de obtener la relación sexual.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de abuso sexual debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a cinco años.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Cuando la persona ofendida hubiere estado imposibilitada de comprensión o conducción, fuese anciana o hubiese sido violentada, la punibilidad simple debe ser agravada en una tercera parte.

ART. 183º (libertad sexual)

(APROVECHAMIENTO SEXUAL). Cometerá el delito de aprovechamiento sexual, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

- I. Condiere el empleo, la permanencia en él o un beneficio, con exigencias sexuales, para él o para otro.
- II. Condiere el reconocimiento o el otorgamiento de beneficios o derechos económicos, laborales, profesionales o académicos con exigencias sexuales, para él o para otro.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de aprovechamiento sexual deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de tres a ocho años y de suspensión o privación de derechos.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Si se hiciera uso de la violencia, se tratase de un menor de dieciocho años de edad, se imposibilitare de conducción al ofendido, o bien éste fuese un anciano, la punibilidad simple debe ser agravada en una tercera parte.

ART. 184º (libertad de reproducción)

(INSEMINACION ARTIFICIAL). Cometerá el delito de inseminación artificial: Aquél que sin el consentimiento de una persona mayor de dieciocho años de edad, coloque en su aparato reproductor un producto concebido en forma artificial.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de inseminación artificial deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de dos a cinco años y de suspensión o privación de derechos.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Cuando la persona ofendida hubiese sido menor de dieciocho años de edad, imposibilitada de comprensión o conducción, se la hubiere violentado o engañado, la punibilidad simple debe ser agravada en una mitad.

ART. 185º (libertad de reproducción)

(ESTERILIZACION). Cometerá el delito de esterilización: Aquél que sin el consentimiento de una persona mayor de dieciocho años de edad, impida las funciones de su aparato reproductor, en forma temporal o definitiva.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de esterilización deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de tres a siete años.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Cuando la persona ofendida hubiese sido menor de dieciocho años de edad, imposibilitada de comprensión o conducción, se la hubiere violentado o engañado la punibilidad simple debe ser agravada en una mitad.

ART. 186º (libertad de reproducción)

(CASTRACION). Cometerá el delito de castración: Aquél que sin el consentimiento de una persona mayor de dieciocho años de edad, mutila sus órganos sexuales.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de castración debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de cuatro a diez años.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Cuando la persona ofendida hubiese sido menor de dieciocho años de edad, imposibilitada de comprensión o conducción, se la hubiere violentado o engañado, la punibilidad simple debe ser agravada en una mitad.

(PUNIBILIDAD ADICIONAL). Cuando el castrador guarde alguna relación personal con el ofendido, además debe serle impuesta la pena de suspensión o privación de derechos.

CAPITULO CUARTO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA SEGURIDAD PERSONAL.

ART. 187º (seguridad personal)

(SUSTRACCION O RETENCION DE INFANTES O INCAPACES). Cometerá el delito de sustracción o retención de infantes o incapaces: Aquél que aleje a un menor de doce años de edad o a un incapaz de comprensión o conducción, de la guarda o custodia de quien legítimamente la tenga, o bien lo retenga en algún lugar, sin el consentimiento de quien pueda otorgarlo.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de sustracción o retención de infantes o incapaces debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de ocho a veinte años.

ART. 188º (seguridad personal),

(ENTREGA DE INFANTES). Cometerá el delito de entrega de infantes: Aquél que dé o reciba a un menor de doce años de edad, a cambio de un beneficio.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de entrega de infantes deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de cinco a quince años y de suspensión o privación de derechos.

Rel. 366º

(PUNIBILIDAD ATENUADA). Si la entrega de infantes se hubiese hecho sin el fin de obtener un beneficio, la punibilidad simple debe ser disminuida en una mitad.

(PUNIBILIDAD ADICIONAL). Si se prueba que el que recibió al infante lo hizo con el fin de incorporarlo a su núcleo familiar y de otorgarle los beneficios propios, sólo debe serle impuesta la pena de multa, hasta por quinientos días-multa.

(PUNIBILIDAD ADICIONAL). Al que hubiere entregado al infante y guarde con él una relación personal, además de la punibilidad correspondiente debe serle impuesta la pena de suspensión o privación de derechos.

ART. 189º (seguridad personal)

(EXPOSICION DE INFANTES, ANCIANOS O INCAPACES). Cometerá el delito de exposición de infantes, ancianos o incapaces: Aquél que entregue a un menor de doce años de edad, a persona senil o incapaz de comprensión o conducción, que esté bajo sus cuidados, a un establecimiento de beneficencia, o bien de su consentimiento para que otro lo haga.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de exposición de infantes, ancianos o incapaces deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de dos a doce años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 190º

Rel. 286º (seguridad personal)

(ASALTO). Cometerá el delito de asalto: Aquél que sorpresivamente haga uso de la violencia sobre una persona, con el fin de causarle un daño o de lograr que haga, deje de hacer o tolere una conducta.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de asalto debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a cinco años.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Al responsable de un delito de asalto cometido en agravio de un menor de doce años de edad, de un imposibilitado de comprensión o conducción o anciano, o bien que lo hiciere de noche o en despojado, la punibilidad simple debe serle agravada en una tercera parte.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Al responsable de un delito de asalto a un poblado debe serle agravada en una mitad la punibilidad simple.

ART. 191*

Regl. 335* (seguridad de cuidado)

(OMISION DE CUIDADO). Cometerá el delito de omisión de cuidado:

Aquél que abandona a una persona que necesita cuidados o está enferma.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de omisión de cuidado deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a cuatro años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 192*

Regl. 340* (seguridad de auxilio)

(OMISION DE AUXILIO). Cometerá el delito de omisión de auxilio:

Aquél que deja de prestarle auxilio a una persona en peligro u omite darle aviso a la autoridad.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de omisión de auxilio a atropellados debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a cinco años.

ART. 194*

Regl. 282* (seguridad anímica)

(AMENAZAS). Cometerá el delito de amenazas: Aquél que cause una

alteración en el estado anímico de otra persona, anunciándole que atacará de alguna forma a bienes jurídicos o los de sus allegados.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de amenazas debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a seis años.

ART. 195* (seguridad anímica)

(REVELACION DE SECRETOS). Cometerá el delito de revelación de

secretos: Aquél que teniendo conocimiento de ellos, los divulga causando daños o perjuicios a la persona relacionada, o bien los emplee en provecho propio o ajeno.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de revelación de secretos debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a cinco años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 196*

Regl. 185* (seguridad en posesiones y propiedades)

(ALLANAMIENTO). Cometerá el delito de allanamiento: Aquél que se

introduzca o permanezca en el inmueble o en el vehículo de una persona, sin su consentimiento, o bien utilizando violencia, engaño o aprovechándose de una situación.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de allanamiento debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de dos a diez años.

ART. 197*

Regl. 199* (seguridad en la salud)

(PELIGRO DE CONTAGIO). Cometerá el delito de peligro de contagio:

Aquél que sabiendo que padece alguna enfermedad grave en período de contagio, ponga en peligro la salud de otro.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de peligro de contagio debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a cuatro años.

ART. 198* (seguridad en la salud)

(DELITOS EN CONTRA DE LA SEGURIDAD PERSONAL EN MATERIA DE SALUD).

Cometerá un delito en contra de la seguridad personal en materia de salud, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Siendo médico, residente o encargado de la sala de urgencias de un centro de salud, niegue, retarde o condicione el ingreso de enfermos, lesionados, parturientos o cadáveres.

II. Ejerciendo la medicina y en caso de urgencia, se niegue a prestarle ayuda a un lesionado, enfermo o parturienta.

III. Ejerciendo la enfermería, modifique las indicaciones médicas, respecto a fármacos o tratamientos.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito en contra de la seguridad personal en materia de salud deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de dos a seis años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 199º. (seguridad en la salud)
(DELITOS EN CONTRA DE LA SEGURIDAD PERSONAL EN MATERIA DE SALUD
COMETIDOS POR MEDICOS). Cometerá un delito en contra de la salud personal, el
médico que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Habiendo otorgado responsiva médica para hacerse cargo de un
lesionado, lo abandone.

II. Habiendo otorgado compromiso para hacerse cargo del tratamien-
to de un enfermo o una parturienta, los abandone.

III. No recabe la autorización correspondiente, para practicar una
intervención quirúrgica.

IV. Practique una intervención quirúrgica innecesaria.

V. Recete tratamientos o fármacos que no sean los indicados para
un enfermo, un lesionado o una parturienta.

(PUNIBILIDAD). Al médico responsable de un delito en contra de la
seguridad personal en materia de salud deben serle impuestas las penas de pri-
vación de libertad corporal de uno a siete años y de suspensión o privación de
derechos.

CAPITULO QUINTO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DEL HONOR PERSONAL.

ART. 200º (honor)
(INJURIAS). Cometerá el delito de injurias: Aquél que demuestre
desprecio u ofensa a una persona o agrupación.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de injurias debe serle
impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a tres años, o bien
de quinientos días-multa.

(EXCUSA). Cuando las injurias fuesen recíprocas, la autoridad
ministerial está facultada para poner a los presuntos responsables a
disposición del juzgado calificador, haciendo cesar en todos sus efectos la
pretensión punitiva estatal.

ART. 201º

Rel. 350º (honor)

(DIFAMACION). Cometerá el delito de difamación: Aquél que comuni-
que a otra persona la imputación que se le hace a un tercero o a una agrupa-
ción, de un hecho falso o cierto, con el fin de causarle daños o perjuicios.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de difamación debe
serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a cuatro
años.

ART. 202º

Rel. 355º y 356º (honor)

(CALUMNIA). Cometerá el delito de calumnia: Aquél que impute a
otro la comisión de una conducta que constituya delito, cuando no hubiere sido
decarada la existencia del delito y de la responsabilidad.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de calumnia debe
serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a cuatro años.

CAPITULO SEXTO. DE LAS REGLAS PARA LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DEL HONOR PERSONAL.

ART. 203º

Rel. 362º

(SANCIONES ADICIONALES). La autoridad judicial está facultada para
imponer la pena de decomiso, cuando los delitos en contra del honor personal
sean cometidos a través de documentos, a excepción de los públicos y privados
que impongan una obligación, una liberación o la transmisión de un derecho.
En estos casos sólo debe hacerse una anotación sumaria de la sentencia en los
mismos.

Rel. 363º

(PUBLICIDAD ESPECIAL DE SENTENCIA). Cuando el delito en contra del
honor personal se hubiese cometido a través del los medios de comunicación
social, la directiva de la empresa debe quedar obligada a dar a conocer la
sentencia en su sección editorial y a autoridad judicial está facultada para
imponer la suspensión o la disolución de las agrupaciones, a excepción de las
del estado, en cuyo caso sólo podrá ser impuesta la remoción.

ART. 204º

Rel. 358º

(EXCUSA ABSOLUTORIA). La pretensión punitiva estatal debe cesar
en todos sus efectos en los delitos en contra del honor personal en los si-
guientes casos:

I. Cuando la imputación hubiese tenido por objeto defender o
garantizar un derecho personal o social.

II. Cuando la imputación esté declarada cierta en sentencia de primera instancia.

III. Cuando la imputación hubiere sido hecha por una persona pública, si fuese relativa al ejercicio de sus funciones.

IV. Si se manifiesta en forma técnica una crítica sobre una producción artística o científica, o bien sobre su autor.

ART. 2059

(**IMPROBIDAD DE LAS EXCUSAS**). No debe beneficiar al procesado por un delito en contra del honor personal, alegar que solamente divulga lo que dijo otra persona o un medio de comunicación nacional o extranjero.

(**RESPONSABILIDAD**). Debe ser excluida la responsabilidad en los casos en que el ofendido por un delito en contra del honor personal pruebe la existencia de una retorción firme que lo absolva.

(**RETRACTACION PUBLICA**). La pretensión punitiva estatal debe cesar en sus efectos de acusación, cuando el injuriador, calumniador o difamador haga una retractación pública de su dicho, a satisfacción del ofendido.

CAPITULO SEPTIMO. DE LOS DELITOS-TIHO EN CONTRA DE LA MORAL Y EL NORMAL DESARROLLO BIOPSIKOSEXUAL DE LAS PERSONAS.

ART. 2062

Rel. 2019

(**CORRUPCION DE MENORES**). Coneterá el delito de corrupción de menores, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Emplee a un menor de dieciocho años de edad en centros de vicio o de pornografía.

II. Permita que un menor de dieciocho años de edad sea empleado en centros de vicio o de pornografía.

III. Permita o no impida el acceso de menores de dieciocho años de edad a centros de vicio o pornografía.

IV. Permita o no impida el acceso de menores de dieciocho años de edad en hoteles o casas de asistencia, si no van en compañía de un adulto.

V. Permita, no impida o procure el acceso de los menores de dieciocho años de edad a los objetos pornográficos.

VI. Permita, no evite o procure el acceso de los menores de dieciocho años de edad a los lugares en donde exhiban espectáculos con clasificación para adultos.

VII. Inicie en la vida sexual a un menor de dieciocho años de edad.

VIII. Determina a un menor de dieciocho años de edad a la práctica de la vagancia, de la mendicidad, de la drogadicción, de la prostitución, de actos homosexuales o bien de la delincuencia.

(**PUNIBILIDAD**). Al responsable de un delito de corrupción de menores deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a quince años y de suspensión o privación de derechos.

(**PUNIBILIDAD AGRAVADA**). Si el ofendido fuere imposibilitado de comprensión y/o coacción se aplicare la violencia, el engaño o las armas, la punibilidad simple debe ser agravada en una mitad.

ART. 2079

Rel. 2629 (normal desarrollo biopsicosexual)

(**ESTUPRO**). Coneterá el delito de estupro: Aquél que tenga una relación sexual con una persona menor de dieciocho años de edad y mayor de doce, que no haya sido iniciada en la vida sexual, a cambio de un beneficio o de una promesa de matrimonio.

(**PUNIBILIDAD**). Al responsable de un delito de estupro deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de dos a quince años y de pago de alimentos a la persona estuprada y al hijo que resultare, a título de compensación del daño, observándose las reglas del Código Civil.

ART. 2089

Rel. 2669 (normal desarrollo biopsicosexual)

(**VIOLACION SEXUAL A MENORES**). Coneterá el delito de violación sexual a menores: Aquél que por medio de la violencia o del engaño, tenga relación sexual con persona menor de dieciocho años de edad.

(**PUNIBILIDAD**). Al responsable de un delito de violación sexual a menores deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de ocho a treinta años y de pago de alimentos a la persona y al hijo que resulte, en los términos del Código Civil y a título de compensación del daño. Además, debe aplicarse lo dispuesto en los artículos 180º y 181º, por cuanto hace a las circunstancias agravantes.

ART. 209*

Rel. 260* (normal desarrollo biopsicosexual)

(ABUSO SEXUAL A MENORES). Cometerá el delito de abuso sexual a menores: Aquél que ejecute un acto erótico en una persona menor de dieciocho años de edad, sin el fin de llegar a la relación sexual.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de abuso sexual a menores debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de dos a siete años, aplicándose lo dispuesto en el artículo 182*, por cuanto hace a las circunstancias agravantes.

CAPITULO OCTAVO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA POSESION Y PROPIEDAD PERSONALES.

ART. 210*

Rel. 367*

(ROBO). Cometerá el delito de robo: Aquél que se apodere de una cosa ajena mueble, con el fin de dominio, uso o lucro.

Rel. 370*

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de robo con fin de dominio o lucro, debe serle impuesta la siguiente pena:

I. Privación de libertad corporal de uno a cuatro años, si el monto de lo robado no excede de cincuenta veces el salario mínimo general vigente.

II. Privación de libertad corporal de dos a cinco años, si el monto de lo robado excede de cincuenta veces el salario mínimo general vigente, aunque no de cien.

III. Privación de libertad corporal de tres a seis años, si el monto de lo robado excede de cien veces el salario mínimo general vigente, aunque no de quinientas.

IV. Privación de libertad corporal de cuatro a nueve años, si el monto de lo robado excede de quinientas veces el salario mínimo general vigente.

Rel. 371*

(VALOR DE LA COSA). Para determinar la cuantía del robo, las autoridades ministerial y judicial deben atender al valor de cambio que tenga la cosa en el momento en que fuesen a dictar su resolución.

ART. 211*

Rel. 380*

(PUNIBILIDAD PARA EL ROBO DE USO). Al responsable de un delito de robo con fin de uso, debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a cuatro años.

(APODERAMIENTO DE COSA PROPIA). Al que se apodere de una cosa mueble propia que se halle en tenencia de otro, debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a cinco años.

(ROBO EN CASO PERDIDA). Al que se apodere de una cosa mueble perdida, con fin de dominio, lucro o uso, debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a tres años.

ART. 212*

Rel. 381o y 381* bis

(ROBO AGRAVADO). Deben considerarse como circunstancias agravantes del robo, las siguientes:

I. Usar violencia en el apoderamiento de la cosa, en su defensa o en la huida.

II. Hacer uso de medios peligrosos.

III. Realizarlo en lugar desprotegido, cerrado o habitado.

IV. Aprovechar confusión, catástrofe o desorden público.

V. Que se trate de un automóvil.

VI. Que se realice en un local comercial.

VII. Que se realice en oficinas depósito de caudales, o bien contra las personas que los custodian o los transportan.

VIII. Que se trate de animales o sus productos.

IX. Que se trate de árboles, plantas, frutos, productos u objetos de la siembra.

(PUNIBILIDAD DEL ROBO AGRAVADO). Al responsable de un delito de robo agravado debe serle impuesta la punibilidad simple, de acuerdo con los artículos 210* y 211*, aumentada en una cuarta parte por cada calificativa que concurra.

ART. 213^o
(ROBO DE ENERGIA O FLUIDOS). Cometerá el delito de robo: Aquél que aproveche para sí o para otro, energía o fluidos, sin el permiso correspondiente.

Rel. 368^o II
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de robo de energía o fluidos, debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a cinco años.

ART. 214^o
Rel. 386^o
(FRAUDE). Cometerá el delito de fraude: Aquel que por medio del engaño o del aprovechamiento del error, obtenga para sí o para otro una cosa ajena con fin de dominio, lucro o uso.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de fraude debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal prevista en los artículos 210^o, 211^o y 212^o, atendiendo al monto de lo defraudado, a las modalidades y a las circunstancias.

ART. 215^o
Rel. 382^o
(ABUSO DE CONFIANZA). Cometerá el delito de abuso de confianza: Aquél que con fin de dominio, lucro o uso, disponga para sí o para otro, de una cosa ajena de la cual se le hubiere transmitido la tenencia.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de abuso de confianza debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal prevista en los artículos 210^o, 211^o y 212^o, atendiendo al monto de lo dispuesto a las modalidades y a las circunstancias.

ART. 216^o
Rel. 384^o
(RETENCION). Cometerá el delito de retención: El tenedor de una cosa, que no la entregue, a pesar de ser requerido por la persona a la que le corresponda el derecho, o bien no la ponga a disposición de la autoridad correspondiente, aun cuando sea propia.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de retención debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a cinco años.

ART. 217^o
Rel. 387^o XXI
(LIBRAMIENTO SIN FONDOS). Cometerá el delito de libramiento sin fondos: Aquél que libre un título de crédito, a sabiendas de que no ha de ser cubierto por la persona o por la institución correspondiente.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de libramiento sin fondos debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a seis años.

ART. 218^o
Rel. 388^o
(ADMINISTRACION FRAUDULENTA). Cometerá el delito de administración fraudulenta: Aquél que teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, cause daños o perjuicios al propietario en el desempeño de su cargo.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de administración fraudulenta debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a ocho años.

ART. 219^o
Rel. 390^o
(EXTORSION). Cometerá el delito de extorsión: Aquél que ejerza la violencia sobre otro, para que haga, deje de hacer o tolere una conducta en contra de sus posesiones o propiedades o las de un tercero, con fin de dominio, uso o lucro.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de extorsión debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de dos a diez años.

ART. 220^o
Rel. 387^o VIII
(USURA). Cometerá el delito de usura: Aquel que aprovechándose de la necesidad, ignorancia o inesperienza de una persona, obtenga para sí o para otro, un beneficio económico superior a la naturaleza de las operaciones o de los usos comerciales.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de usura debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a seis años.

ART. 218º

Rel. 388º

(ADMINISTRACION FRAUDULENTE). Cometerá el delito de administración fraudulenta: Aquél que teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, cause daños o perjuicios al propietario, en el desempeño de su cargo.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de administración fraudulenta debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a ocho años.

ART. 219º

Rel. 390º

(EXTORSION). Cometerá el delito de extorsión: Aquél que ejerza la violencia sobre otro, para que haga, deje de hacer o tolere una conducta en contra de sus posesiones o propiedades o las de un tercero, con fin de dominio, uso o lucro.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de extorsión debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de dos a diez años.

ART. 220º

Rel. 387º VIII

(USURA). Cometerá el delito de usura: Aquél que, aprovechándose de la necesidad, ignorancia o inexperiencia de una persona, obtenga para sí o para otro, un beneficio económico superior a la naturaleza de las operaciones o de los usos comerciales.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de usura debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a seis años.

ART. 221º

Rel. 395º

(DESPOJO). Cometerá el delito de despojo aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Ocupar un inmueble ajeno, hacer uso de él o de un derecho real que no le corresponda.

II. Ocupar un inmueble propio, hacer uso de él o de un derecho real suyo, cuando se halla en tenencia de una persona legitimada.

III. Desviar, derivar o hacer uso de aguas ajenas, o bien de un derecho real sobre las mismas.

IV. Ejercer actos de dominio que afecten los derechos legítimos de los poseedores o propietarios de inmuebles o de los usuarios de las aguas.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de despojo deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a veinte años y de suspensión o privación de derechos, aunque el derecho a la posesión o a la propiedad sea dudoso.

ART. 222º

Rel. 397º

(DAÑO A LA POSESION O PROPIEDAD PERSONALES). Cometerá el delito de daño a la posesión o a la propiedad personal: Aquél que deteriore o destruya una cosa ajena propia, causando daños o perjuicios a un tercero.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de daño a la posesión o a la propiedad personal debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal prevista en el artículo 210º, atendiendo al valor de lo dañado.

ART. 223º

Rel. 400º

(ENCUBRIMIENTO RECEPTADOR). Cometerá el delito de encubrimiento receptor: Aquél que, sin haber intervenido en la comisión de un delito, adquiera, reciba u oculte sus objetos o productos, o bien ayude a otro con el mismo fin.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de encubrimiento receptor debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a cinco años.

CAPITULO NOVENO. DE LAS REGLAS PARA LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA POSESION Y PROPIEDADES PERSONALES.

ART. 224º

Rel. 371º

(CASOS EN QUE NO PUEDA SER DETERMINADA LA CUANTIA). Para determinar la cuantía en los delitos en contra de la posesión y propiedad personales, debe atenderse a la regla contenida en el artículo 210º último párrafo. En los casos en que no pueda ser determinada la cuantía, debe serle impuesta al responsable la pena de privación de libertad corporal de cuatro a diez años.

(SANCION ADICIONAL). En los delitos en contra de la posesión y propiedades personales la autoridad judicial está facultada para imponer la pena de suspensión o privación de derechos, aun cuando no la provea el delito-tipo.

ART. 225º

(SANCION ADICIONAL EN EL DESPOJO). Si el despojo fue realizado por dos o más personas, al que intervenga intelectualmente o dirija la invasión, además de la pena señalada en el delito-tipo simple, deben serle impuestas dos terceras partes de la misma.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA EN EL DESPOJO). Cuando el despojo hubiese sido ejecutado con violencia, engaño, aprovechamiento del error o de una situación confusa o de descuido, la punibilidad simple debe ser agravada en una tercera parte.

ART. 226º

(PUNIBILIDAD AGRAVADA EN EL DESPOJO). Cuando el despojador, por sí o a través de otra persona, fracción, transfiriera la posesión o la propiedad, o cause algún daño en los inmuebles, derechos reales o aguas ocupadas de propia autoridad, la punibilidad simple debe serle agravada en una mitad.

ART. 227º

(SANCIONES ADICIONALES EN EL ROBO Y EN EL DAÑO A LA POSESION Y PROPIEDAD PERSONALES). Cuando la cosa robada o dañada tuviese un valor científico, artístico o de utilidad pública, la punibilidad simple debe ser agravada en una tercera parte.

(MEDIO PELIGROSO EN EL DAÑO A LA POSESION Y PROPIEDAD PERSONALES). Cuando en el delito de daño a la posesión y propiedad personales hubiese sido empleados medios peligrosos, la punibilidad simple debe ser agravada en una tercera parte.

ART. 228º

(DAÑO A LA POSESION Y PROPIEDAD PERSONALES CULPOSO). Cuando únicamente se hubiese causado daño a la posesión o propiedad personales con intención indirecta, calificada como leve, sea cual fuere su monto, al responsable debe serle impuesta la pena de multa por el valor del daño.

(DISPOSICION ESPECIAL). En este caso, la pretensión punitiva estatal debe cesar en todos sus efectos, si el daño es reparado o compensado a satisfacción del ofendido.

(b) TITULO SEPTIMO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LOS BIENES JURIDICOS DE LA SOCIEDAD.

CAPITULO PRIMERO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA FAMILIA.

ART. 229º

Del. 272º (moral sexual familiar)

(INCESTO). Cometerán el delito de incesto: Los parientes que tengan relación sexual entre sí, a pesar de conocer el parentesco.

(PUNIBILIDAD). A los ascendientes deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a diez años y de suspensión y privación de derechos de familia.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). A los descendientes, hermanos y parientes afines deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a seis años y de suspensión o privación de derechos de familia.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Cuando se trate de menores de dieciocho años de edad, imposibilitados de comprensión o conducción, se utilice la violencia o el engaño, la punibilidad simple debe ser agravada en una mitad.

ART. 230º

Del. 336º (seguridad familiar)

(INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE PROPORCIONAR ALIMENTOS). Cometerá el delito de incumplimiento del deber de proporcionar alimentos: Aquél que deje de suministrar las cantidades para cubrir las necesidades de subsistencia de las personas con quienes está obligado.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de incumplimiento del deber de proporcionar alimentos deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a ocho años y de suspensión o privación de derechos de familia.

ART. 231º
(CSO EN QUE RESULTE DAÑO). Si del incumplimiento del deber de proporcionar alimentos resultaren lesiones u homicidio, al responsable debe serle impuesta la punibilidad prevista en el delito-tipo simple, aumentada de acuerdo con la fracción IV del artículo 153º

Rel. 336º bis
(COLOCACION EN ESTADO DE INSOLVENCIA U OCULTAMIENTO). Al que se colocare en estado de insolvencia o se ocultare para eludir el cumplimiento del deber de proporcionar alimentos, debe serle impuesto un tanto más de la punibilidad simple.

ART. 232º
Rel. 277º (seguridad familiar)
(ALTERACION DEL ESTADO CIVIL O LA FILIACION). Cometerá el delito de alteración del estado civil o la filiación, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Registre o haga registrar a una persona con una filiación que no le corresponde.

Rel. 277º III.
II. Quite el registro de una persona, con el fin de hacerle perder sus derechos de familia.

III. Desconozca o haga incierta la relación de filiación, con el fin de liberarse de las obligaciones alimentarias, de familia o patria potestad.

IV. Registre o haga registrar el nacimiento o el fallecimiento falso de alguno de sus familiares.

V. Oculto, substituya o exponga a un recién nacido, con el fin de hacerle perder sus derechos de familia o de liberarse de una obligación.

Rel. 227º V.

VI. Usurpe la filiación o el estado civil de otra personal.

Rel. 227º I.

VII. Atribuya un recién nacido a personas que no sean sus padres. (PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de alteración del estado civil o la filiación deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a cinco años y de suspensión o privación de derechos de familia o del trabajo.

ART. 233º

Rel. 279º (seguridad familiar)
(BIGAMIA). Cometerá el delito de bigamia: Aquél que contraiga matrimonio, sin que el anterior haya sido disuelto o declarado nulo y el que se case con él, a pesar de conocer ese impedimento.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de bigamia deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a cinco años, de suspensión o privación de derechos de familia y privación de los que se deriven de esa unión.

ART. 234º (seguridad matrimonial)

(MATRIMONIOS ILEGALES). Cometerá el delito de matrimonios ilegales: Aquél que, conociendo la existencia de un impedimento no dirimente, contraiga matrimonio; y el Oficial del Registro Civil que los case, conociendo ese impedimento.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de matrimonios ilegales deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a dos años y de privación de los derechos que se deriven de esa unión o del derecho al empleo.

ART. 235º

Rel. 273º (seguridad sexual matrimonial)
(ADULTERIO). Cometerá el delito de adulterio: Aquél que, estando unido en matrimonio, lleve a cabo un acto erótico o una relación sexual extramarital, en el domicilio conyugal o con escándalo.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de adulterio deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a seis años y de suspensión o privación de derechos de familia.

CAPITULO SEGUNDO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA VIDA Y LA SALUD SOCIALES.

ART. 236º

Rel. 149º (vida)
(GENOCIDIO). Cometerá el delito de genocidio: Aquél que, con el fin de desaparecer una agrupación étnica, racial, religiosa o social, prive de la vida a dos o más de sus miembros.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de genocidio debe serle impuesta la pena de privación de la vida.

ART. 237º

ReL. 149º (vida y salud)

(LESIONES MASIVAS). Cometerá el delito de lesiones masivas: Aquél que, con el fin de desaparecer una agrupación étnica, racial, religiosa o social, altere la salud de dos o más de sus miembros.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de lesiones masivas debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de dos a veinte años.

ART. 238º (vida y libertad de reproducción)

(ESTERILIZACIÓN MASIVA). Cometerá el delito de esterilización masiva: Aquél que, con el fin de desaparecer una agrupación étnica, racial, religiosa o social, esterilice a dos o más de sus miembros.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de esterilización masiva debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de diez a treinta años.

ART. 239º (vida y seguridad)

(SOMETIMIENTO A UN GRUPO). Cometerá el delito de sometimiento a un grupo: Aquél que, con el fin de desaparecer una agrupación étnica, racial, religiosa o social, la someta a vivir en condiciones inhumanas.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de sometimiento a un grupo debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de tres a quince años.

ART. 240º

ReL. 149º (salud y seguridad)

(VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE HUMANIDAD). Cometerá el delito de violación de los deberes de humanidad, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Maltrato o tortura a los rehenes de guerra.

II. Maltrato o tortura a los detenidos, procesados o sentenciados.

III. Maltrato o tortura a los orfanos, a los menores de dieciocho años de edad, a los imposibilitados de comprensión o conducción o a los ancianos.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de violación de los deberes de humanidad deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a cinco años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 241º (salud)

(DELITO CONTRA LA SALUD SOCIAL EN MATERIA DE DROGAS). Cometerá un delito en contra de la salud social: Aquél que realice alguna conducta relacionada con drogas, sin observar las disposiciones de la Ley General de Salud.

ReL. 197º

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito en contra de la salud social en materia de drogas debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de cinco a treinta años.

ART. 242º

(PREVISIONES ESPECIALES). Para los efectos de determinar la responsabilidad en un delito en contra de la salud social en materia de drogas, debe entenderse por droga: Cualquier substancia, planta o fármaco natural, elaborado o procesado, que altere la salud.

ReL. 193º

(TRATADOS INTERNACIONALES Y NORMAS CONSTITUCIONALES). Para los efectos de este delito, debe atenderse a lo que dispongan los preceptos normativos que se fundamentan en la fracción XVI del artículo 73º, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales que se ajustan a ella.

ART. 243º

(OBRAS PUNIBILIDADES). Cuando una persona adquiera o posea droga y tenga el hábito o la necesidad de consumirla, debe serle impuesta la siguiente pena:

I. Si la cantidad no excede de la necesaria para su consumo de un día, la autoridad ministerial debe ponerlo a disposición de la sanitaria, para su tratamiento para rehabilitación.

II. Si la cantidad excede de la necesaria para su consumo de un día, aunque no de tres, privación de libertad corporal de uno a cinco años.

III. Si la cantidad excede de la necesaria para su consumo de tres días, privación de libertad de tres a quince años.

Rel. 194^o

IV. Si suministra gratuitamente a otro la cantidad necesaria para su consumo de un día, privación de libertad corporal de uno a ocho años.

ART. 244^o

(PUNIBILIDADES PARA NO ADICTOS). Cuando la persona adquiera droga y no tenga el hábito o la necesidad de consumirla, debe serle impuesta la siguiente pena:

I. Si lo hace por primera vez y adquiere la necesaria para su consumo de un día, multa de uno a quinientos días-multa, o bien privación de libertad corporal de uno a tres años.

II. Si lo ha hecho otras veces y la cantidad que adquiere es superior a la de consumo de un día, privación de libertad corporal de dos a seis años.

Rel. 194^o

III. Si lo ha hecho otras veces y la cantidad que adquiere es superior a la de consumo para tres días, privación de libertad corporal de cuatro a quince años.

IV. Si suministra gratuitamente a otro la cantidad necesaria para consumo de un día, privación de libertad corporal de dos a diez años.

ART. 245^o

Rel. 280^o (salud)

(DELITOS EN CONTRA DE LA SALUD SOCIAL EN MATERIA DE INHUMACIONES Y EXHUMACIONES). Cometerá un delito en contra de la salud social en materia de inhumaciones y exhumaciones, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Ocultar un feto, cadáver, restos o cenizas humanas.

II. Destruir o mutilar un feto, cadáver, restos o cenizas humanas.

III. Inhumar, exhumar o esparcir fetos, cadáveres, restos o cenizas humanas, sin el permiso de la autoridad.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito en contra de la salud social en materia de inhumaciones y exhumaciones debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a cinco años.

ART. 246^o (salud)

(DELITOS ECOLOGICOS). Cometerá un delito ecológico, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Contamine, envenene o degrade el aire, las aguas o las tierras.

II. Esterilice o difunda alguna enfermedad en las plantas, los animales o los

árboles.

III. Mutila, arranque, maltrate, marque o talle árboles o plantas.

IV. De muerte a un animal de especie en extinción.

V. Consuma, destruya, oculte, sustraiga, retenga, obtenga comercio o trafique con huesos, crías o productos de una especie animal en extinción. (PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito ecológico debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a quince años.

(Cese de la pretensión punitiva estatal). En los casos de gravedad mínima, la autoridad ministerial está facultada para poner al presunto responsable a disposición del juzgado calificador, haciendo cesar en todos sus efectos la pretensión punitiva estatal.

ART. 247^o (salud)

(DELITOS CONTRA LA SALUD SOCIAL EN MATERIA DE FARMACOS). Cometerá un delito contra la salud social en materia de fármacos, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Siendo empleado de una farmacia, expenda medicinas controladas, sin la receta respectiva, debidamente requisitada.

II. Siendo empleado de una farmacia no recoja la receta respectiva, al expender medicinas controladas.

III. Siendo médico, expida recetas, sin atender a las necesidades del paciente.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra la salud social en materia de fármacos, deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a tres años y de suspensión o privación de derechos.

CAPITULO TERCERO. DE LOS DELITOS EN CONTRA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

ART. 248º
(ESTRAGOS). Cometerá el delito de estragos: Aquél que provoque un peligro común para el grupo social o sus miembros.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de estragos debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a ocho años.

ART. 249º
(APOLOGIA). Cometerá el delito de apologia, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:
I. Provoque públicamente a otro, para que cometa un delito.
II. Incite públicamente a otro, a un vicio.
III. Haga proselitismo de un delito o de un vicio en lugares públicos.
IV. Haga aproselitismo de una religión en lugares no autorizados.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de apologia debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a tres años.

ART. 250º
Rel. 164º
(AGRUPOACION DELICTUOSA). Cometerá el delito de agrupación delictuosa: Aquél que forme parte de un grupo temporal o permanente, que tenga por fin delinquir.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de agrupación delictuosa debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a cinco años.

ART. 251º
(DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS MEDIOS DE TRANSPORTE). Cometerá un delito en contra de la seguridad social en los medios de transporte, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:
Rel. 165º A 173º
I. Darse o inutilice un medio de transporte público.
II. Pasee en movimiento un medio de transporte, con el fin de que se desplace sin control.
III. Conduzca un medio de transporte sin las debidas precauciones, o bien bajo el influjo de una droga y cometa otro delito o una infracción.
IV. Tenga posesión de un medio de transporte público con pasaje, para obligar a la autoridad a que haga, deje de hacer o tolere una conducta.
V. Cometa algún delito en, con o contra un medio de transporte público con intención indirecta, cuando llévase pasaje.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra la seguridad social en los medios de transporte debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a ocho años.

ART. 252º
Rel. 166º 173º I y II, 176º y 177º
(DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN LAS VIAS Y EN LOS MEDIOS DE COMUNICACION). Cometerá un delito contra la seguridad social en las vías o en los medios de comunicación, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:
I. Obstaculice una vía de comunicación.
II. Darse o inutilice una vía o un medio de comunicación público.
III. Darse, inutilice, cambie o quite una disposición o señal de seguridad o información colocada en una vía o en un medio de comunicación o de transporte público.
Rel. 173º
IV. Abra una comunicación escrita que no esté dirigida a él, aunque no la lea.
Rel. 173º
V. Interocepte una comunicación escrita que no esté dirigida a él, aunque no la abra o la lea.
Rel. 176º
VI. Destruya una comunicación escrita que no esté dirigida a él, aunque no la abra o la lea.
Rel. 176º
VII. Deje de transmitir un mensaje que se le encomendó, cuando preste sus servicios en un medio de comunicación pública.
Rel. 176º
VIII. Deje de comunicar el mensaje que recibió, a su destinatario, cuando preste sus servicios en un medio de comunicación pública.
IX. Realice maniobras de reparación, conexión o mejoras en una vía o en un medio de comunicación pública, sin estar autorizado.

Rel. 176º

X. Interrumpa el servicio en una vía de comunicación o en un medio de transporte o comunicación pública.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra la seguridad social en las vías o en los medios de comunicación deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a ocho años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 253º

Rel. 24º y 242º

(DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE OBJETOS). Cometerá un delito contra la seguridad social en materia de objetos, aquél que con sellos, marcas, punzones para marcar la ley en los metales, señas, contraseñas, matrices, planchas, objetos para fabricar acciones, cupones, llaves, estampillas, señales, pesas, medidas o marcas de animales, públicos o privados, realice alguna de las siguientes conductas:

- I. Los falsifique o altere.
- II. Los enajene o los use, a sabiendas de que son falsos o alterados.
- III. Enajene o use los que son verdaderos.
- IV. Oculte o cambie los verdaderos.
- V. Altere o destruya los verdaderos.
- VI. Los haga desaparecer sean falsos, alterados o verdaderos.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra la seguridad social en materia de objetos debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a seis años.

ART. 254º

(DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN LAS INSTALACIONES DE TRÁNSITO AÉREO). Cometerá un delito contra la seguridad social en las instalaciones de tránsito aéreo: Aquél que permita el uso o utilice las de su propiedad o las que tenga bajo su control, con el fin de realizar actos ilícitos.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra la seguridad social en las instalaciones de tránsito aéreo deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a ocho años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 255º

(DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE FÁRMACOS). Cometerá un delito contra la seguridad social en materia de fármacos: El empleado de una farmacia que substituya un medicamento por otro, aunque sean equivalentes.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra la seguridad social en materia de fármacos deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a tres años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 256º

(DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL COMETIDOS POR MÉDICOS). Cometerá un delito contra la seguridad social: El médico que, teniendo conocimiento de que una persona padece alguna enfermedad grave en período de contagio, omite d(r el aviso a la autoridad sanitaria correspondiente.

(PUNIBILIDAD). Al médico responsable de un delito contra la seguridad social deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a tres años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 257º

Rel. 160º

(DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE ARMAS). Cometerá un delito contra la seguridad social en materia de armas: Aquél que realice cualquier conducta con aquellas que están prohibidas.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra la seguridad social en materia de armas debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a quince años.

ART. 258º

Rel. 160º

(DETERMINACION DE LAS ARMAS PROHIBIDAS). Para efectos del artículo anterior, las armas prohibidas deben ser determinadas por la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

(OTRAS ARMAS PROHIBIDAS). Para los mismos efectos, deben ser consideradas como armas prohibidas, cualesquier de los instrumentos que sólo pueden ser utilizados para agredir y que no tienen aplicación en actividades laborales o recreativas, aunque hubieren sido improvisados por el delincuente.

ART. 259°
(USURPACION DE SERVICIOS). Cometerá el delito de usurpación de servicios:

- I. El extranjero que ocupe un puesto en las instituciones del gobierno federal, estatal o municipal.
 - II. El mexicano hijo de extranjero, que ocupe un puesto en el gobierno federal, estatal o municipal, para el cual está impedido.
 - III. El mexicano que, a sabiendas de las situaciones anteriores, promueva, facilite o autorice el nombramiento en el puesto.
- (PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de usurpación de servicios deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a cinco años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 260°

ART. 250° IV
(USO DE UNIFORMES OFICIALES). Cometerá el delito de uso de uniformes oficiales. Aquél que se ostente de tener o porte vestidos destinados a las corporaciones oficiales de policía, ejército, fuerza armada o fuerza aérea nacionales.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de uso de uniformes oficiales deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a tres años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 261°

ART. 250° IV
(USURPACION DE HONORES). Cometerá el delito de usurpación de honores: Aquél que se ostente de tener o utilice condecoraciones, grados jerárquicos, académicos o de honor, divisas, insignias o siglas que no le hayan sido otorgados cubriendo los requisitos legales.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de usurpación de honores deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a tres años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 262°

ART. 250° V
(USURPACION DE FUNCIONES Y PROFESIONES). Cometerá un delito de usurpación de funciones o profesiones: Aquél que se ostente de tenerlas, ofrezca públicamente los servicios o ejerza las actividades que les son propias.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de usurpación de funciones o profesiones deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a tres años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 263°

Rel. 243°

(DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE DOCUMENTOS). Cometerá un delito contra la seguridad social en materia de documentos, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

- I. Los altere o falsifique.
- II. Los oculte o destruya.
- III. Inserte o haga insertar hechos falsos en ellos.
- IV. Utilice los que son falsos, a sabiendas.
- V. Approcne una firma en blanco, para llenarlos.
- VI. Haga que otro los firme, si de haber sabido su contenido, no lo hubiera hecho.
- VII. Utilice un documento médico lícito o ilícito, con el fin de certificar una incapacidad que no tiene o de eximirse de una obligación.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra la seguridad social en materia de documentos deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a cuatro años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 264°

(DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE DOCUMENTOS COMETIDOS POR MEDICOS). Cometerá un delito contra la seguridad social en materia de documentos: El médico que extienda licencias o incapacidades falsas.

(PUNIBILIDAD). Al médico responsable de un delito contra la seguridad social en materia de documentos deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a cuatro años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 265º

(DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE ORGANOS). Cometerá un delito contra la seguridad social en materia de órganos, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Extraiga, permita, no impida u ordene la extracción de los de un cadáver, sin recabar la autorización correspondiente.

II. Coloque los que se le extrajeron a un cadáver en otra persona, sin cubrir los requisitos legales.

III. Trafique con los que fueron extraídos ilícitamente o con los que alguna persona hubiese donado.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra la seguridad social en materia de órganos deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a diez años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 266º

(DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL EN MATERIA DE SANGRE). Cometerá un delito contra la seguridad social en materia de sangre, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Trafique, o bien ordene, permita o no impida el tráfico de la sangre donada.

II. No practique en los donadores o en la sangre donada las pruebas necesarias para verificar que la transfusión puede ser realizada.

III. Transfunda, o bien ordene, permita o no impida la transfusión de sangre infectada.

IV. Realice donaciones de sangre, a sabiendas de que está impedido para ello.

V. Comercio con la sangre humana.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra la seguridad social en materia de sangre deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a ocho años y de suspensión o privación de derechos.

CAPITULO CUARTO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA LIBERTAD SOCIAL.

ART. 267º

(ATAQUES A LA LIBERTAD DE REUNION O EXPRESION GRUPAL). Cometerá el delito de ataques a la libertad de reunión o expresión grupal, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Disuelva o ataque una agrupación lícita o una reunión grupal.

II. No les permita manifestar libremente sus ideas a las agrupaciones o reuniones lícitas.

Rel. 216º

III. Se reúna con otros, con el fin de impedir que un servidor público tome posesión de su cargo.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de ataques a la libertad de reunión o expresión grupal debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a tres años.

CAPITULO QUINTO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA MORAL SOCIAL.

ART. 268º

(PORNOGRAFIA). Cometerá el delito de pornografía, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Ejecute en lugares públicos, actos con objetos pornográficos.

II. Ejecute o haga ejecutar en público, actos eróticos o sexuales.

III. Haga circular objetos pornográficos.

IV. Comercio o exhiba objetos pornográficos.

V. Muestre sus órganos genitales o se desnude en lugares públicos.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de pornografía debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a tres años, o bien de quinientos días-multa.

ART. 269º

Rel. 206º

(LENCINIO). Cometerá el delito de lenocinio, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Explote el cuerpo de otro en el comercio carnal.

II. Aproveche algún beneficio del comercio carnal.

III. Administre, posea o sea propietario de un centro dedicado al comercio carnal.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de lenocinio deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a diez años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 270^º

ReL. 281^º

(DELITOS CONTRA EL RESPETO A LOS MUERTOS). Cometerá un delito contra el respeto a los muertos, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Virole o vilipendie el lugar en donde son practicados los oficios civiles o religiosos a los muertos.

II. Profane un feto, cadáver, restos o cenizas humanos.

III. Virole o vilipendie el lugar donde reposa un feto, cadáver, restos o cenizas humanos.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra el respeto a los muertos debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a tres años.

CAPITULO SEXTO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA PROCURACION Y ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

ART. 272^º

ReL. 247^º

(FALSIEDAD ANTE LOS ENCARGADOS DE PROCURAR Y ADMINISTRAR JUSTICIA). Cometerá el delito de falsedad ante los encargados de procurar o administrar justicia:

I. Aquel que, habiendo otorgado protesta o después de haber sido exhortado para que se conduzca con verdad, manifieste hechos falsos.

II. El perito que rinda informes o dictámenes falsos.

III. El agente de la policía que rinda informes, partes o investigaciones falsos.

IV. Aquél que niegue que sea suya la declaración vertida o la firma que estampó en un documento procesal.

V. El servidor público que rinda informes falsos ante la autoridad judicial.

VI. Aquél que presente testigos, documentos o pruebas falsos.

VII. Aquél que ofrezca, entregue o prometa dádivas o prestaciones a un agente de la policía, a un perito, a un procurador o administrador de justicia, con el fin de que se conduzca con falsedad en su servicio público.

VIII. Aquél que oculte, altere o falsifique pruebas o documentos procesales.

IX. Aquél que simule actos jurídicos o procesales.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de falsedad ante los encargados de procurar o administrar justicia deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a siete años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 273^º

(DELITOS COMETIDOS POR LOS ENCARGADOS DE PROCURAR Y ADMINISTRAR JUSTICIA). Cometerá un delito contra la procuración y administración de justicia, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Conocer de asuntos para los cuales tenga impedimento, o bien abstenerse de conocer los que le corresponden.

II. Ejercer la postulación por sí o a través de un intermediario.

III. Dirigir o aconsejar en el proceso a las personas que promuevan ante sí.

IV. Tomar decisiones, acuerdos o resoluciones contrarias a la ley, a las constancias procesales o a las decisiones del jurado.

V. Retardar o entorpecer la procuración o la administración de justicia.

VI. Abstenerse de ejecutar la pretensión punitiva estatal.

VII. Detener, ordenar o consentir la detención ilegal de una persona.

VIII. Conculcar a un procesado cualesquier de los derechos que le garantiza la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

IX. Aprovecharse de las prerrogativas que le concede el servicio público, con el fin de satisfacer un interés propio.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra la administración y procuración de justicia deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a diez años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 274^º

(FRAUDE PROCESAL). Cometerá el delito de fraude procesal: Aquél que haga aparecer como suyo un documento que compruebe que otra persona otorgó caución para garantizar el cumplimiento de una obligación o su libertad provisional.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de fraude procesal deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de dos a seis años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 275º

(NEGATIVA A DECLARAR U OTORGAR PROTESTA LEGAL). Cometerá el delito de negativa a declarar u otorgar protesta legal: Aquél que teniendo el deber legal de hacerlo, se negare.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de negativa a declarar u otorgar protesta legal debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de un año, o bien de uno a doscientos cincuenta días multa.

ART. 276º

Rel. 154º

(EVASION). Cometerá el delito de evasión: Aquél que se encuentre privado de su libertad en forma legítima y se dé a la fuga, si en el acto intervienen dos o más personas, se empleare la violencia, o bien se comete algún otro delito.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de evasión deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de un año y de suspensión o privación de derechos, o bien de uno a quinientos días multa.

ART. 277º

(LIBERACION O AUXILIO A LA FUGA). Cometerá el delito de liberación o auxilio a la fuga: Aquél que ponga en libertad o favorezca la evasión de un apersona que se encuentra legalmente privada de su libertad.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de liberación o auxilio a la fuga deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de dos a diez años y de suspensión o privación de derechos.

(PUNIBILIDAD PRIVILEGIADA). A las personas que guarden una relación de parentesco o amor con el liberado o evadido, sólo debe sancionárselas cuando ejerzan la violencia, actúen otras personas que no tengan esa relación, o bien cometan otro delito.

(PUNIBILIDAD ATENUADA). Si la reaprehensión del liberado o evadido, se lograse por gestiones del responsable de este delito, la punibilidad simple debe ser reducida en dos terceras partes.

ART. 278º

(LIBERACION TEMPORAL). Cometerá el delito de liberación temporal: El servidor público que permita la salida de una persona que se encuentra privada de su libertad, por el tiempo que fuere.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de liberación temporal deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de dos a diez años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 279º

Rel. 400º

(ENCUBRIMIENTO FAVORECEDOR). Cometerá el delito de encubrimiento favorecedor: Aquel que, sin haber intervenido en la comisión de una conducta delictuosa:

I. Auxilie al que haya intervenido, para evitar el ejercicio de la pretensión punitiva estatal.

II. Altere, oculte o destruya los indicios, los instrumentos, los productos o los objetos del delito.

III. Asegure para él que haya intervenido, para sí o para otro, algún beneficio.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de encubrimiento favorecedor debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a seis años.

ART. 280º

Rel. 180º

(QUEBRANTAMIENTO DE UNA SANCION). Cometerá el delito de quebrantamiento de una sanción: Aquél que viole las disposiciones de las autoridades judicial o ejecutora, para cumplir con una sanción impuesta.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de quebrantamiento de una sanción debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a cinco años.

ART. 281º

Rel. 226º

(EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO). Cometerá el delito de ejercicio indebido del propio derecho: Aquél que, de propia autoridad, ejercite un derecho que transmitió, del que fue suspendido, o bien del que se cree titular.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de ejercicio indebido del propio derecho deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a tres años y de suspensión o privación de derechos.

(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Si se empleare la violencia, a la punibilidad simple debe aumentársele una mitad.

ART. 282º

Rel. 231º y 232º

(DELITOS DE ABOGADOS POSTULANTES). Cometerán un delito en contra de la procuración y la administración de justicia, los pasantes, los licenciados en derecho o los defensores de oficio, si realizan alguna de las siguientes conductas:

I. Abandonar un proceso.
II. Postular a favor de ambas partes, en el mismo proceso.
III. Postular en favor de una parte y después admitir el patrocinio de la otra, aunque hubiese abandonado a la primera.

Rel. 231º

IV. Usar medios improcedentes, con el fin de dilatar, entorpecer o suspender el proceso, o bien obtener una sentencia favorable.

V. Postular a favor de ambas partes, en procesos conexos.

Rel. 231º

VI. Solicitar términos para probar lo que, notoriamente, no puede ser probado

Rel. 231º

VII. Utilizar medios de prueba, argumentos o recursos que notoriamente no pueden aprovechar a la parte en cuyo favor postulan.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de abogados postulantes deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de dos a diez años y de suspensión o privación de derechos.

CAPITULO SEPTIMO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

ART. 283º

Rel. 214º

(DELITOS CONTRA EL SERVICIO PUBLICO). Cometerá un delito en contra del servicio público, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Ejercer el servicio público, sin autorización.
II. Ejercer un servicio público diferente al que le fue otorgado.
III. Abandonar el servicio público, sin que le haya sido admitida la renuncia, o bien sin que hubiese llegado la persona que lo reemplazará.

IV. Ostentarse como servidor público sin serlo, o bien para cometer un acto ilícito, aunque lo sea.

V. Continuar ejerciendo el servicio público, después de saber que le ha sido revocado su nombramiento, o bien que ha sido reemplazado o suspendido.

VI. Sustraer, retenga, destruya, utilice o altere documentos, papelería o información, que se encuentran bajo su custodia o de los que tiene conocimiento.

VII. Aceptar un nombramiento o contrato, a sabiendas de que no ha de cumplir con el servicio público.

VIII. Acreditar o proporcionar identificación como servidor público a una persona que no lo es.

IX. Cobrar en los fondos del erario público, por un servicio que no prestó.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra el servicio público deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a seis años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 284º

(INTIMIDACION). Cometerá el delito de intimidación: El servidor público que por sí o a través de intermediario, violento o amenace a una persona, con el fin de evitar que ella misma o un tercero, formule denuncia, acusación o querrela o aporte información, por las irregularidades en su servicio.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de intimidación deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a ocho años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 285º

Rel. 218º

(CONCUSION). Cometerá el delito de concusión: El servidor público que, en el desempeño o con motivo de su servicio, exija a supuesto título legal o legítimo, impuestos, gabelas, contribuciones o prestaciones indebidas o en mayor cantidad de la que marca la ley.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de concusión deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a diez años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 286º

Rel. 315º II

(ABUSO DE AUTORIDAD). Cometerá el delito de abuso de autoridad, el servidor público que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Valiéndose de las prerrogativas que le concede el servicio, ejerza violencia, humille, calumnie o injurie a una persona.

II. Pida auxilio a la fuerza pública o la emplee, para actos ilegítimos o ilegales.

III. Encargado de la fuerza pública y requerido legal o legítimamente para que preste auxilio, lo niegue.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de abuso de autoridad deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a diez años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 287º

(EXCESO EN EL SERVICIO PUBLICO). Cometerá el delito de exceso en el servicio público: El servidor que, en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, ordene, realice o permita que sus subalternos realicen alguna conducta que no les ha sido atribuida en la ley.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de exceso en el servicio público deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a diez años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 288º

(TRAFICO DE INFLUENCIA). Cometerá el delito de tráfico de influencia, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Se aproveche de su cargo en el servicio público o de sus relaciones personales con los servidores públicos, para hacer gestiones en favor propio o ajeno.

II. Siendo servidor público, por sí mismo o a través de un intermediario, gestione o tramite una resolución, o bien promueva la realización de un acto del servicio, con el fin de obtener un beneficio para sí o para sus allegados.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de tráfico de influencia deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a diez años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 289º

(EXACCION). Cometerá el delito de exacción, el servidor público que se valga de las prerrogativas que le concede el servicio, para realizar alguna de las siguientes conductas:

I. Exigirle a un particular o a su inferior jerárquico que haga, deje de hacer o tolere algo.

II. Obtenga de sus subalternos, parte de sus sueldos.

III. Obtenga de sus subalternos o de los iparticulares, promesas, dádivas u otro servicio.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de exacción deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a diez años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 290º

(APROVECHAMIENTO DEL SERVICIO PUBLICO). Cometerá el delito de aprovechamiento del servicio público, el servidor que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Con fin de dominio, uso o lucro, otorgue contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, exenciones, franquicias, identificaciones o servicios a sus allegados. Asimismo, será responsable del delito la persona a la que se le hubiere otorgado el beneficio.

II. Con ánimo de dominio, uso o lucro, utilice la información que posee por razón de su servicio público, para invertir, enajenar o adquirir bienes o servicios, por sí o a través de un intermediario.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de aprovechamiento del servicio público deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a diez años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 2912

(USURPACION DEL SERVICIO PUBLICO). Cometerá el delito de usurpación del servicio público: Aquél que se ostente como servidor o ejerza actos relacionados con el servicio, sin poseer esa categoría, o bien el que poseyéndola, se ostente tal, para alcanzar un beneficio.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de usurpación del servicio público deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a tres años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 2920

Rel. 2230 y 2150 III y IV
(INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL). Cometerá el delito de incumplimiento del deber legal: El servidor público que deje de prestar el servicio que legal o reglamentario le corresponde, o bien realice alguna de las conductas para las cuales está impedido.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de incumplimiento del deber legal deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a seis años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 2930

Rel. 2220
(COHECHO). Cometerá el delito de cohecho, el servidor público o el particular que realice alguna de las siguientes conductas:
I. Solicitar o aceptar dádivas o promesas, con el fin de hacer, dejar de hacer, hacer o tolerar una conducta contraria a su servicio.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de cohecho deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de dos a seis años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 2940

Rel. 2230
(PECULADO). Cometerá el delito de peculado: El servidor público que disponga para sí o para un tercero, de una cosa ajena pública o privada, que hubiere recibido en confianza, por razón de sus funciones y con fin de dominio, lucro o uso.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de peculado deben serle impuestas las penas previstas en los artículos 2100, 2110 y 2120, atendiendo al monto de lo dispuesto, a las modalidades y a las circunstancias.

ART. 2950

Rel. 2100
(COALICION). Cometerá el delito de coalición, el servidor público que se agrupe con malesquies de los siguientes fines:
I. Tomar medidas contrarias a una disposición legal o legítima.
II. Diminuir de sus puestos para impedir, suspender o entorpecer el servicio público.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de coalición deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a dos años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 2960

Rel. 1800
(RESISTENCIA A UN ACTO DE AUTORIDAD). Cometerá el delito de resistencia a un acto de autoridad: Aquél que impida que un servidor público realice las funciones propias de su servicio.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de resistencia a un acto de autoridad debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a dos años.

ART. 2970

(DESOBEDIENCIA A UN MANDATO DE AUTORIDAD). Cometerá el delito de desobediencia a un mandato de autoridad: Aquél que, una vez agotados los medios de apremio, se recusare a cumplir con un mandato de servidor público, legal o legítimo.
(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de desobediencia a un mandato de autoridad debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de un año, o bien de quinientos días-multa.

ART. 298º

Rel. 189º

(MALTRATO A LA AUTORIDAD). Cometerá el delito de maltrato a la autoridad: Aquél que injurie, difame, calumnie o violente a un servidor público cuando ejerza su servicio o con motivo de él.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de maltrato a la autoridad debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de uno a seis años.

(DISPOSICIONES ESPECIALES). Para efectos de este artículo deben ser atendidas las previsiones del Capítulo Sexto del Título Primero, de la Parte Especial de este Catálogo.

ART. 299º

Rel. 189º

(QUEBRANTAMIENTO DE SELLOS). Cometerá el delito de quebrantamiento de sellos: Aquél que destruya, quite o altere los que fueron colocados por los servidores públicos.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de quebrantamiento de sellos deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a tres años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 300º

(VARIACION DEL NOMBRE O DOMICILIOS). Cometerá el delito de variación del nombre o domicilio, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Ocultarlos ante un servidor público.

II. Negarlos ante un servidor público.

III. Negarlos ante un servidor público.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de variación del nombre o domicilio debe serle impuesta la pena de multa de uno a quinientos días-multa.

ART. 301º

(CONCEPCION DE SERVIDOR PUBLICO). Para los efectos de este Capítulo, debe entenderse que es servidor público: La persona que desempeñe un servicio de cualquier naturaleza, en la administración pública de la sociedad.

(DISPOSICION ESPECIAL). El hecho de cometer cualquier delito en contra de un particular, en ejercicio o con motivo de las funciones de servicio público, agravará la punibilidad correspondiente en una tercera parte.

CAPITULO OCTAVO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DEL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD.

ART. 302º

Rel. 253º

(ACAPARAMIENTO). Cometerá el delito de acaparamiento, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

Rel. 253º I b)

I. Evite o dificulte la libre concurrencia en la producción, la distribución o el consumo de materias primas o productos básicos.

Rel. 253º I a)

II. Almacenar en cantidades excesivas, ocultar, negar o condicionar la venta de materia primas o productos básicos.

Rel. 253º I d)

III. Evitar o dificultar la libre competencia entre los productores, comerciantes y transportistas de materias primas o productos básicos.

IV. Ejecutar cualesquiera de las conductas anteriores, con mercancías que no sean consideradas como materias primas o productos básicos.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de acaparamiento deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de cinco a quince años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 303º

Rel. 253º

(FRAUDE DE MERCANCIAS). Cometerá el delito de fraude de mercancías, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

Rel. 253º II.

I. Emvasar o empaquetar las que están destinadas al comercio nacional o internacional, en una cantidad inferior a la que tienen indicada como contenido neto.

II. Emvasarlas o empaquetarlas fuera de los límites de tolerancia oficial.

III. Dejar de indicar en sus envases o empaques, el contenido neto y/o el precio máximo de venta al público oficial.

Regl. 253º IV.

IV. Alterar o reducir las propiedades que deben tener.

V. Entregarlas en cantidades o calidades menores a las convenidas, cuando deben pesarse o medirse en presencia del consumidor.

VI. Entregarlas en cantidades, calidades o propiedades menores a las convenidas, cuando la venta se hubiese realizado con muestras o catálogo.

VII. Dejar de indicar en los envases o empaques las fórmulas químicas, propiedades o cualidades que poseen.

VIII. Dejar de indicar en los envases o empaques la forma en que deben usarse, para producir los beneficios que promuevan.

IX. Dejar de indicar en los envases o empaques los daños que pueden producir, si no son utilizados en la forma que se anuncia.

X. Dejar de indicar en los envases o empaques, si son o pueden ser nocivas para la salud o son peligrosas.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de fraude de mercancías deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de cinco a quince años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 304º

Regl. 253º I c)

(FRAUDE EN EL MERCADO). Cometerá el delito de fraude en el mercado, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Limitar la producción, distribución o consumo de las mercancías, con el fin de incrementar sus precios.

II. Alterar los precios oficiales de las mercancías.

III. Comerciar con las mercancías, con el fin de obtener un lucro indebido.

IV. Alterar los instrumentos de medición o peso de las mercancías.

V. Realizar la publicidad de las mercancías exagerando sus cualidades, o bien ocultando los daños o perjuicios que pueden causar.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de fraude en el mercado deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de cinco a quince años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 305º

(EXPORTACION O IMPORTACION FRAUDULENTA). Cometerá el delito de importación o exportación fraudulenta, aquél que realice alguna de las siguientes conductas con las mercancías:

I. Autorizar o llevar a cabo su exportación, cuando no esté cubierto el abasto nacional.

II. Autorizar o efectuar su exportación o importación, cuando no hayan sido cubiertos los requisitos legales.

Regl. 254º

III. Autorizar o ejecutar su exportación indicando que son nacionales, en cantidades, cantidades o propiedades inferiores a lo convenido.

IV. Autorizar o realizar su exportación o importación en empaques o envases que posean los adecuados.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de exportación o importación fraudulenta deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de cinco a quince años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 306º

Regl. 253º I d)

(COALICION EN EL MERCADO). Cometerá el delito de coalición en el mercado: El industrial, comerciante o transportista que forme parte de una agrupación que tenga por fin el de suspender, limitar o impedir la producción, distribución o consumo de mercancías, o bien la prestación de servicios, con ánimo de dominio, lucro o uso.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de coalición en el mercado deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de cinco a diez años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 307º

(DELITOS EN PRODUCTOS BASICOS O EN MATERIAS PRIMAS). Cometerá un delito contra el patrimonio de la sociedad en productos básicos o materias primas, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

Regl. 253º I h)

I. Destruirlos de su destino, cuando hubiesen sido distribuidos por una entidad pública.

II. Entregar los que distribuye una entidad pública, a quien no tenga derecho a ellos.

III. Negar o retardar su entrega, cuando sean distribuidos por una entidad pública, a quien tenga derecho a ellos.

IV. Condicionar su entrega, a quien tenga derecho a ellos, con exigencias políticas.

V. Ejecutar con ellas, cualesquiera de las conductas previstas en los artículos del 302º al 306º, si deben ser distribuidas por una entidad pública.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra el patrimonio de la sociedad en productos básicos o materias primas deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de cinco a quince años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 308º

(DAÑOS A LA INDUSTRIA NACIONAL). Cometerá el delito de daños a la industria nacional, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:
Rel. 354º I

I. Destruir, alterar u ocultar las materias primas, productos básicos, agrícolas o industriales, o bien sus medios de producción.

II. Publicar o difundir noticias falsas, exageradas o tendenciosas, con el fin de trastornar el mercado o la industria nacional, relativas a mercancías, monedas o títulos de crédito.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de daños a la industria nacional deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de dos a seis años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 309º

Rel. 254º V

(DELITOS EN LA PRODUCCION AGROPECUARIA). Cometerá un delito contra el patrimonio de la sociedad en la producción agropecuaria, aquél que adquiere, posea o trafique con productos, implementos o materiales destinados a la producción agropecuaria, cuando hubiesen sido entregados a los productores por una entidad pública o a precio subsidiado.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra el patrimonio de la sociedad en la producción agropecuaria deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de dos a diez años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 310º

Rel. 234º, 235º, 236º, 237º y 238º

(EN MATERIA DE MONEDA). Cometerá un delito contra el patrimonio de la sociedad en materia de moneda, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Falsificarla, sea nacional o extranjera.

II. Alterarla, sea nacional o extranjera.

III. Realizar actos de comercio con ella, sean nacional o extranjera y falsificada.

IV. Introducirla o sacarla del territorio, sea nacional o extranjera y falsificada.

V. Introducir o sacar divisas del territorio nacional, sin la autorización legal.

VI. Construir o hacer construir instrumentos para su falsificación, sea nacional o extranjera.

Rel. 241º

VII. Falsificar cuños o troqueles destinados para su fabricación, sea nacional o extranjera.

VIII. Comprar o poseer material para su fabricación, excepto metales.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra el patrimonio de la sociedad en materia de moneda deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de dos a quince años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 311º

(EN MATERIA DE JUEGOS DE AZAR). Cometerá un delito contra el patrimonio de la sociedad en materia de juegos de azar, aquél que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Hacer loterías o rifas entre personas distintas a sus parientes o amigos, sin la autorización legal.

II. Hacer circular o vender billetes de lotería o rifas del extranjero.

III. Ser propietario, poseedor, gerente o administrador de un local en el que se hagan apuestas o se practiquen juegos de azar, sin la autorización legal.

IV. Asistir a locales en donde se hagan apuestas o se practiquen juegos de azar, que no tenga autorización legal.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra el patrimonio de la sociedad en materia de juegos de azar debe serle impuesta la pena de multa de uno a quinientos días-multa, si es infractor o primordialmente.

(PUNIBILIDAD PARA EL REINCENTIVO). Al reincidente deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a cinco años y de suspensión o privación de derechos.

(PUNIBILIDAD PARA HABITUALES O PROFESIONALES). A los habituales y profesionales deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de tres a diez años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 312º

REL. 239º

(EN MATERIA DE TITULOS Y DOCUMENTOS DE CREDITO). Cometerá un delito contra el patrimonio de la sociedad en materia de títulos y documentos de crédito, aquel que realice alguna de las siguientes conductas:

REL. 239º III.

I. Falsifique o altere los documentos de crédito público del tesoro, o bien sus cupones de intereses o dividendos.

REL. 239º II.

II. Falsifique o altere las obligaciones de la deuda pública nacional o extranjera, o bien sus cupones de intereses o dividendos.

REL. 239º I.

III. Falsifique o altere las obligaciones u otros títulos de crédito legalmente emitidos por entidades públicas de la federación, de los estados o de los municipios, o bien sus cupones de intereses o dividendos.

REL. 240º

IV. Introduzca o saque de la República, o bien haga circular en la esos documentos o títulos, sean falsos o alterados.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito contra el patrimonio de la sociedad en materia de títulos o documentos de crédito debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de dos a seis años.

(c) TITULO TERCERO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LOS BIENES JURIDICOS DEL ESTADO:

CAPITULO PRIMERO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA VIDA Y LA SALUD ESTATALES.

ART. 313º

REL. 123º

(TRAICION A LA PATRIA POR SERVIDORES PUBLICOS). Cometerá el delito de traición a la Patria, el servidor público que realice alguna de las siguientes conductas:

I. Aumentar su pecunio o el de sus parientes o amigos, con los fondos del erario público o sus frutos.

II. Cambiar el destino de los fondos del erario público.

III. Valerse de su cargo para aumentar su pecunio, el de sus parientes o amigos.

IV. Contribuir al desmembramiento del territorio nacional.

REL. 123º XII

V. Gravar o enajenar el territorio nacional.

REL. 123º XIII

VI. Recibir un beneficio o una promesa para realizar o permitir una conducta de traición a la Patria.

REL. 123º IV.

VII. No evitar que un mexicano sufra maltrato por parte de un gobierno, representante o persona extranjera.

VIII. No denunciar a los traidores a la Patria.

REL. 123º I.

IX. Celebrar tratados que contravengan las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

X. Aumentar la deuda externa, sin proporcionar un beneficio a la Nación.

XI. Permitir que se realicen modificaciones o adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin fundamentación y motivación legales y legítimas.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de traición a la Patria, debe serle impuesta la pena de privación de la vida.

ART. 314º

Rel. 123º

(TRAICION A LA PATRIA). Cometerá el delito de traición a la Patria, el mexicano que realice alguna de las siguientes conductas:

Rel. 123º I.

I. Actuar en contra del gobierno del estado, para someterlo a un poder extranjero.

Rel. 123º II.

II. Cooperar con un gobierno extranjero, en tiempo de guerra, en actos bélicos en contra de la soberanía estatal.

Rel. 123º III.

III. En tiempo de paz, cooperar con un gobierno extranjero, en actos contra la soberanía estatal.

Rel. 123º IV.

IV. Destruir o alterar las señales que marcan los límites del territorio nacional, si con ello se origina un conflicto a la Nación.

Rel. 123º V.

V. Reclutar personal para declararle la guerra al estado mexicano, sirviendo a un gobierno extranjero.

Rel. 123º VI.

VI. Entenderse con extranjeros, con el fin de perturbar la paz nacional, o bien de invadir el territorio nacional.

Rel. 123º VII.

VII. Proporcionar a extranjeros, información confidencial del estado mexicano.

Rel. 123º VIII.

VIII. Facilitar o realizar actos de espionaje en contra del estado mexicano.

Rel. 123º IX.

IX. Solicitar a una nación extranjera que le declare la guerra al estado mexicano.

Rel. 123º X.

X. Cooperar con un grupo de extranjeros, con el fin de invadir el territorio mexicano.

Rel. 123º XI.

XI. Participar en actos que reafirmen un gobierno extranjero invasor del estado mexicano.

Rel. 129º

XII. No denunciar a los espías del gobierno del estado mexicano.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de traición a la Patria debe serle impuesta la pena de privación de la vida.

ART. 315º

(ENRIQUECIMIENTO INEXPLICABLE). Cometerá el delito de enriquecimiento inexplicable: El servidor público que no pueda probar que su patrimonio no proviene de una actividad ilícita en contra del estado mexicano.

(PUNIBILIDAD). El enriquecimiento inexplicable se equipará a un acto de traición a la Patria y como tal, debe ser sancionado.

(PRESUNCION). Debe presumirse, salvo prueba en contrario, que el servidor público que no presente su declaración anual de modificación patrimonial o la presente alterada, ha incurrido en enriquecimiento inexplicable.

ART. 317º

Rel. 127º

(ESPIONAJE). Cometerá el delito de espionaje, el extranjero que realice alguna de las siguientes conductas:

Rel. 127º I.

I. Entenderse con extranjeros, con el fin de invadir el territorio nacional.

Rel. 127º II.

II. Proporcionar a un extranjero datos militares del gobierno del estado mexicano.

Rel. 127º III.

III. Ayudar a extranjeros, en la invasión del territorio nacional.

Rel. 127º IV.

IV. Cooperar con mexicanos traidores. Cooperar con mexicanos o extranjeros, en actos que tengan como fin desestabilizar la seguridad nacional.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de espionaje deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de diez a quince años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 318º

Rel. 130º

(SEDICION). Cometerá el delito de sedición, la persona que pertenezca a una agrupación que, sin usar armas y contraviniendo los cánones legales, realice alguna de las siguientes conductas:

Rel. 130º I.

I. Abroge o derogue la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

II. Altere o impida la integración de las instituciones constitucionales.

III. Impida el ejercicio de las funciones de los servidores públicos, legalmente designados.

IV. Separe a los servidores públicos legalmente designados, de sus cargos.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de sedición deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de seis a ocho años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 319º

Rel. 131º

(MOTÍN). Cometerá el delito de motín, la persona que pertenezca a una agrupación que, con violencia, uso de armas o pretextando el ejercicio de un derecho, realice alguna de las siguientes conductas:

I. Intimidar a la autoridad.

II. Hacer que la autoridad tome una determinación.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de motín deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a seis años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 320º

Rel. 132º

(REBELIÓN). Cometerá el delito de rebelión, la persona que pertenezca a una agrupación armada que, con violencia, realice alguna de las siguientes conductas:

I. Abrogar o derogar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

II. Alterar o impedir la integración de las instituciones constitucionales.

III. Impedir el ejercicio de las funciones de los servidores públicos, legalmente designados.

IV. Separar a los servidores públicos legalmente designados, de sus cargos.

V. Impedir que el estado mexicano reciba ayuda para combatir a un grupo de rebeldes.

VI. No deponer las armas, después de haber sido llamada al orden.

VII. Incitar a la rebelión.

VIII. Entenderse con los rebeldes.

IX. Servir en los lugares ocupados por los rebeldes.

Rel. 136º

X. Dar muerte a los prisioneros del grupo de rebeldes, después del combate.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de rebelión deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de cinco a veinte años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 321º

Rel. 141º

(CONSPIRACION). Cometerá el delito de conspiración: Aquél que intervenga en la comisión de un delito en contra de los Bienes jurídicos del estado, en acuerdo, plan, preparación o intento.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de conspiración deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a cinco años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 322º

(SABOTAJE). Cometerá el delito de sabotaje: Aquél que entorpezca los servicios públicos de las entidades federales, estatales o municipales, con el fin de desestabilizar la vida económica, política o social del país.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de sabotaje deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a diez años y de suspensión o privación de derechos.

CAPÍTULO SEGUNDO. DE LAS REGLAS PARA LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DE LA VIDA Y LA SALUD ESTATALES.

ART. 323º

Rel. 144º

(DELITOS POLITICOS). Deben ser considerados como delitos políticos: La sedición, la rebelión, el motín y la conspiración.

Rel. 137º

(EXCUSA ABSOLUTORIA). La pretensión punitiva estatal debe cesar en sus efectos de imposición de sanciones, para las personas que interviniendo en los delitos de rebelión y motín, causen lesiones u homicidio.

ART. 324º

Rel. 138º

(DESISTIMIENTO). La pretensión punitiva estatal debe cesar en todos sus efectos, cuando los presuntos responsables de los delitos de sedición, motín o rebelión desistan de su conducta antes de ser tomados como prisioneros, si no hubieran cometido algún otro delito.
(PUNIBILIDAD AGRAVADA). Cuando en la comisión de los delitos de sedición, motín, rebelión o conspiración intervenga un servidor público, la lpunibilidad simple debe serle aumentada en una mitad.

CAPITULO TERCERO. DE LOS DELITOS-TIPO EN CONTRA DEL HONOR DEL ESTADO.

ART. 325º

Rel. 146º I y III

(PIRATERIA). Cometerá el delito de piratería, el tripulante de naves aéreas, marítimas o espaciales que realice alguna de las siguientes conductas:

- I. Apresarlas a mano armada.
 - II. Alterarlas o destruirlas.
 - III. Violentar a las personas que se encuentran a bordo de ellas.
 - IV. Apoderarse de ellas y/o entregarlas a los piratas.
- (PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de piratería deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de cinco a diez años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 326º (PIRATERIA). Cometerá el delito de epiratería: Aquél que, sin formar parte de la tripulación de una nave marítima, aérea o espacial, realice alguna de las conductas propuestas en el artículo anterior.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de piratería debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de 3 a 6 años.

ART. 327º

Rel. 146º III

(CORSAERIA). Cometerá el delito de corsateria, el corsario que en tiempo de guerra, realice alguna de las siguientes conductas:

- I. Hacer el corso sin carta de marca o de patente de alguna de las naciones beligerantes, o bien de dos o más de ellas.
- II. Cometer actos deapradados en contra de las naves mexicanas o extranjeras, poseyendo carta de marca o de patente.
- III. Ostilizar a una nación, haciendo mal uso de la carta de marca o de patente que se le otorgó.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de corsatería deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de cinco a diez años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 328º

Rel. 148º

(VIOLACION DE DERECHOS). Cometerá el delito de violación de derechos contra el honor del estado, aquel que realice alguna de las siguientes conductas:

- I. Vulnere los derechos de un diplomático o de un parlamentario extranjero.
- II. Vulnere los derechos de un soberano, gobernante o representante de una nación extranjera.
- III. Vulnere los derechos de un salvoconductor.
- IV. Virole la neutralidad que le corresponde a un estado extranjero.

V. Virole las inmunidades, prerrogativas o inviolabilidades que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos concede a los servidores públicos.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de violación de derechos en contra del honor del estado deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a tres años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 329º

Rel. 191º y 192º

(ULTRAJE A LAS INSIGNIAS NACIONALES). Cometerá el delito de ultraje a las insignias nacionales, aquél que realice alguna de las siguientes conductas.

Rel. 148º

- I. Ofender los símbolos patrios nacionales o extranjeros.

II. Hacer uso indebido de los símbolos patrios nacionales o extranjeros.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de ultraje a las insignias nacionales debe serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a tres años y de suspensión o privación de derechos.

ART. 330^a
Rel. 250^a IV

(USO DE CONDECORACIONES, TITULOS DE NOBLEZA Y HONORES HEREDITARIOS). Constará el delito de uso de condecoraciones, títulos de nobleza u honores hereditarios:

I. El mexicano que los acepte, utilice u ostente, sin haber cubierto los requisitos legales.
II. El extranjero que los utilice u ostente, sin haber cubierto los requisitos legales.

III. El extranjero que los utilice u ostente, causándole daños o perjuicios a un nacional.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de uso de condecoraciones, títulos de nobleza u honores hereditarios deben serle impuestas las penas de multa de uno a quinientos días-multa y de suspensión o privación de derechos.

ART. 331^a
Rel. 255^a

(VAGANCIA Y MALVIVENCIA). Constará el delito de vagancia y malvivencia: Aquél que no se dedique a un trabajo honesto y demuestre tendencia delictiva.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de vagancia y malvivencia debe serle impuesta la pena de privación de libertad corporal de un año.

ART. 332^a

(FALTA DE SOLIDARIDAD). Constará un delito de falta de solidaridad: Aquél que, teniendo conocimiento, por razón de su servicio público, de que pueden ser afectados los derechos personales, sociales o estatales, no lo impida, o bien deje de informar al superior jerárquico.

(PUNIBILIDAD). Al responsable de un delito de falta de solidaridad deben serle impuestas las penas de privación de libertad corporal de uno a dos años, o bien de quinientos días-multa y la de suspensión o privación de derechos.