

00781

15
2-j

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

**TESIS DOCTORAL
TEORIA DE LA CULPABILIDAD
ESTRUCTURA FINALISTA**

Lic. Carlos Juan Manuel Daza Gómez

1995

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**NADA HAY MAS DIFICIL DE MANEJAR, MAS PELIGROSO
DE CONDUCIR O DE EXITO MAS INCIERTO,
QUE EL TOMAR LA INICIATIVA EN LA INTRODUCCIÓN
DE UN NUEVO ORDEN DE COSAS, PORQUE EL INNOVADOR
TIENE POR ENEMIGOS A TODOS AQUELLOS QUIENES
HAN PROSPERADO BAJO LAS CONDICIONES VIEJAS
Y COMO DEFENSORES TIBIOS A AQUELLOS QUIENES
PUDIERAN PROSPERAR BAJO LAS NUEVAS.**

**EL PRINCIPE, N. MAQUIAVELO
(1469-1527)**

Quien recapacita en peso de dolores humanos que esta encomendado a la conciencia de los jueces, se pregunta como, con tarea tan tremenda, puedan dormir por la noche tranquilos. Sin embargo, el sistema de la legalidad, interpretado demasiado escolásticamente, con la ingeniosa mecánica del silogismo judicial, parece hecho a propósito para quitar al Juez el sentido de su terrible responsabilidad y ayudarlo a que duerma sin pesadillas.

Hay en la plaza un ahorcado, condenado a muerte por el Juez. La sentencia ha sido ejecutada; pero la sentencia era injusta, el ahorcado era inocente.

*¿Quien es el responsable de que se haya asesinado a aquel inocente?
¿El Legislador, que en su Ley estableció en su abstracto la pena de muerte, o el Juez, que la ha aplicado en concreto?.*

Pero el legislador y el Juez, uno y otro, encuentran el medio de salvar su alma con el pretexto del silogismo.

*El legislador dice: - No tengo la culpa de esa muerte, puedo dormir tranquilo; la sentencia es un silogismo del que he construido, tan solo la premisa mayor una inocua formula hipotética, general y abstracta, que amenazaba a todos, pero no hería a nadie. Quien lo ha asesinado, ha sido el Juez, porque él ha sacado de las premisas inocuas la conclusión mortífera, la *lex specialis* que ha ordenado la muerte de ese inocente.*

*Pero el Juez dice a su vez: - No tengo la culpa de esa muerte, puedo dormir tranquilo; la sentencia es un silogismo, del cual no he hecho yo más que extraer la conclusión de la premisa impuesta por el Legislador. Quien lo ha asesinado, ha sido el Legislador con su Ley, que era ya una sentencia *generalis*, que también comprendía la conducta de ese inocente.*

Lex specialis, sententia generalis: así, Legislador y Juez se cargan el uno al otro la responsabilidad; y pueden dormir uno y otro, tranquilamente, mientras el inocente oscila en la horca.

PIERO CALAMANDREI

INDICE GENERAL

INTRODUCCION	6
CAPITULO I TEORIA DEL DELITO	8
1.1 Dogmática Jurídica Penal	8
1.1.1. Concepto	8
1.1.2. Interpretación Dogmática	9
1.1.3. Teorías Dogmáticas.	10
1.2. Teoría del Delito.	11
1.2.1. Concepto.	11
1.3. Evolución Histórica de la Teoría del Delito	12
1.3.1. Concepción Clásica.	12
1.3.1.1. Acción.	13
1.3.1.2. Tipicidad	14
1.3.1.3. Antijuricidad	15
1.3.1.4. Culpabilidad	15
1.3.2. Concepción Neo-Clásica	16
1.3.2.1. Acción	16
1.3.2.2. Tipicidad	16
1.3.2.3. Antijuricidad	17
1.3.2.4. Culpabilidad	17
1.3.3. Concepción Final de la Acción	17
1.3.3.1. Acción	19
1.3.3.2. Tipicidad	19
1.3.3.3. Antijuricidad	19
1.3.3.4. Culpabilidad	20
1.4. Delito	20
1.4.1. Noción Jurídica (Carrara)	20
1.4.2. Noción Sociológica (Escuela Positiva)	22
1.4.3. Noción Sustancial	22
1.4.4. Noción Legal	23
1.4.5. Noción Dogmática.	24

CAPITULO II ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO (SISTEMA CAUSALISTA)

25

2.1. Conducta y Ausencia de Conducta	25
2.1.1 Conducta	25
2.1.1.1. Generalidades Sobre la Denominación	25
2.1.1.2. La Acción	33
2.1.1.3. La Omisión	36
2.1.1.3.1. Simple o de Mera Conducta	37
2.1.1.3.2. Impropia o Comisión por Omisión	39
2.1.2. El Nexo Causal o Relación de Causalidad	44
2.1.3. El Lugar y el Tiempo de Comisión del Delito.	51
2.1.4. La Ausencia de Conducta.	53
2.2. Tipicidad y Atipicidad	58
2.2.1. Idea General Sobre el Tipo y la Tipicidad. Conceptos.	58
2.2.2. Breve Desarrollo Histórico de la Tipicidad.	61
2.2.3. La Función de la Tipicidad	63
2.2.4. Clasificación de los Tipos	65
2.2.5. Los elementos del tipo. La Atipicidad y Ausencia de Tipo.	66
2.3. Antijuricidad y Causas de Licitud	74
2.3.1. Antijuricidad.	74
2.3.1.1. Aspectos Generales. Su Definición.	74
2.3.1.2. Criterio Objetivo y Subjetivo.	78
2.3.1.3. Tesis de Carlos Binding y Max Ernesto Mayer.	79
2.3.1.4. Antijuricidad Formal y Material	81
2.3.2. Causas de Licitud	81
2.3.2.1. Generalidades	81
2.3.2.2. Diferencia con Otras Eximentes e Importancia de la Distinción.	82
2.3.2.3. Excluyentes Supralegales.	83
2.3.2.4. Razón de Ser de las Causas de Licitud.	84
2.3.3. Causas de Licitud	85
2.3.3.1. Legítima Defensa	85
2.3.3.1.1. Concepto y Elementos.	85
2.3.3.2. Estado de Necesidad	91
2.3.3.2.1. Concepto y Elementos.	91
2.3.3.3. Cumplimiento de un Deber y Ejercicio de un Derecho.	96
2.3.3.4. Consentimiento del Interesado.	99
2.3.3.5. Impedimento Legítimo.	99
2.3.4. Exceso en las Causas de Licitud	100

2.4.	Imputabilidad e Inimputabilidad	101
2.4.1.	Imputabilidad.	101
2.4.1.1.	Generalidades y Conceptos	101
2.4.1.2.	La Responsabilidad Penal	102
2.4.1.3.	Las Acciones Liberae in Causa	102
2.4.2.	Inimputabilidad. Generalidades.	103
2.4.2.1.	Generalidades y Conceptos	103
2.4.2.2.	Causas de Inimputabilidad en el Derecho Positivo Mexicano.	104
2.4.2.3.	Minoría de Edad	105
2.4.2.4.	Trastorno Mental	105
2.4.2.5.	Desarrollo Intelectual Retardado	106
2.4.2.6.	Miedo Grave.	106
2.5.	Culpabilidad e Inculpabilidad.	107
2.5.1.	Culpabilidad	107
2.5.1.1.	Doctrinas sobre su Naturaleza Jurídica	108
2.5.1.2.	Psicologismo	108
2.5.1.3.	Normativismo	108
2.5.1.4.	Concepto	109
2.5.1.5.	Derecho Positivo Mexicano	110
2.5.1.6.	Dolo	111
2.5.1.7.	Culpa	113
2.5.1.8.	Caso Fortuito	115
2.5.2.	Inculpabilidad. Generalidades	117
2.5.2.1.	Causas de Inculpabilidad	117

CAPITULO III ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO (SISTEMA FINALISTA) HECHO PUNIBLE

122

3.1.	Tipicidad	123
3.1.1.	Concepto	123
3.1.2.	Ubicación Sistemática	124
3.1.3.	Tipos Abiertos	126
3.1.4.	Elementos Descriptivos y Normativos de la Tipicidad	127
3.1.5.	Tipo Objetivo.	128
3.1.5.1.	Acción u Omisión	129
3.1.5.2.	Imputación Objetiva.	130
3.1.5.3.	Resultado.	131
3.1.6.	Tipo Subjetivo.	131
3.1.6.1.	Dolo	132
3.1.6.2.	Elementos del Dolo.	133
3.1.6.2.1.	Conocimiento.	133
3.1.6.2.2.	Elemento Volitivo.	134
3.1.6.3.	Clases de Dolo	134
3.1.6.3.1.	Dolo Directo	134
3.1.6.3.2.	Dolo Eventual	134

3.1.6.3.3.	Elementos Subjetivos del Injusto	134
3.1.7.	Error de Tipo	135
3.1.7.1.	Error Sobre el Objeto de la Acción.	135
3.1.7.2.	Error Sobre la Relación de Causalidad	136
3.1.7.3.	Error en el Golpe.	136
3.1.8.	Antijuricidad	136
3.1.8.1.	Concepto	137
3.1.8.2.	Antijuricidad e Injusto	138
3.1.8.3.	Antijuricidad cómo Juicio Objetivo y Subjetivo.	140

CAPITULO IV CULPABILIDAD 142

4.1	Concepto.	142
4.1.1.	Etimológico.	142
4.1.2.	Doctrinario	143
4.2.	Evolución Doctrinaria	144
4.2.1.	Teoría Psicológica	144
4.2.1.1.	Carlos Binding	145
4.2.1.2.	Franz Von Liszt	146
4.2.1.3.	Paul Merkel	147
4.2.1.4.	Theodor R. Schutze	147
4.2.1.5.	Gustav Radbruch	148
4.2.2.	Teoría Normativa	148
4.2.2.1.	Reinhart Frank	149
4.2.2.2.	James Goldschmidt	151
4.2.2.3.	Berthold Freudenthal	153
4.2.2.4.	Guillermo Sauer	154
4.2.2.5.	Edmund Mezger	155
4.2.3.	Teoría Finalista	157
4.2.3.1.	Hans Welzel	157
4.2.3.2.	Armin Kauffmann	159
4.2.3.3.	Reinhart Maurach.	162
4.2.3.4.	Hans Achenback	164
4.2.3.5.	H. H. Jescheck	165
4.2.3.6.	Claus Roxin	165
4.2.3.7.	Günter Jacobs	172

CAPITULO V CULPABILIDAD EN LA TEORIA FINALISTA 176

5.1. Teorías Sobre la Pena	177
5.1.1. Teoría Absoluta	178
5.1.2. Teoría de la Prevención Especial	179
5.1.3. Teoría de la Prevención General	179
5.1.3.1. Teoría de Von Feuerbach	179
5.1.3.2. La Prevención General Positiva	
Teoría de Claus Roxin	180
5.2. Culpabilidad del Acto o por el Hecho	181
5.3. Culpabilidad del Autor	182
5.4. Culpabilidad Finalista	183
5.4.1. Elementos de la Culpabilidad	184
5.4.1.1. Capacidad de Culpabilidad (Imputabilidad)	185
5.4.1.2. Teoría de la Motivación.	186
5.4.1.3. Causas de Inimputabilidad.	187
5.4.1.3.1. Artículo 15, Fracción VII	187
5.4.1.3.2. Minoría de Edad.	188
5.4.2. Conocimiento Potencial de la Antijuricidad. (Conocimiento del Injusto).	188
5.4.2.1. Error de Prohibición.	189
5.4.2.2. Clases de Error de Prohibición.	190
5.4.3. Causas de Inculpabilidad.	190

CONCLUSIONES 191

PROPUESTAS 196

BIBLIOHEMEROGRAFIA 201

INTRODUCCION

EL motivo del presente trabajo doctoral se basa en la polémica que ha causado en el ámbito penal mexicano las teorías causalista y finalista.

La teoría finalista constituye el punto de partida a una concepción del delito totalmente nueva. En Alemania la sostienen unánimemente sus tratadistas. La encontramos en la actualidad en legislaciones de países como España, Austria, Suiza, Africa del Sur, Grecia, en América Latina, Argentina, Brasil, Colombia, Japón y Corea del Sur. Es mayor el numero de países que utilizan la Teoría Clásica.

La Teoría Finalista traslada el dolo al tipo subjetivo y conservar la culpabilidad como juicio de Reproche; consecuencia lógica, es el cambio de aspectos negativos por categoría.

El finalismo nace por necesidad, para dar solución a problemas practicos, que la Teoría Clásica no podía fundamentar.

Al estudiar la estructura finalista, no descubrimos el hilo negro, pero da solución a casos prácticos.

Estudiamos la teoría de la culpabilidad en sus principales corrientes: Causalismo y Finalismo; analizamos el concepto, su evolución doctrinal, sintetizando el pensamiento de autores alemanes de la Teoría Psicológica, normativa y finalista.

Exponemos la nueva estructura de la Teoría del Delito tipicidad, antijuricidad y culpabilidad como presupuestos de la Consecuencia Jurídica que es la Pena.

Para realizar esta investigación se citan tratados y hacemos comentarios de manera frecuente; no se citan algunos autores pero se utilizaron para conformar el criterio que se expresa.

Muñoz Conde sostiene que la Teoría General del delito es un instrumento imprescindible para la comprensión de la legislación punitiva de cualquier país civilizado. Es trascendente que en México se hayan presentado cambios estructurales como los señalados en la Reforma Penal del 1o. de febrero de 1994, en los cuales se transformó el pensamiento práctico y teórico de nuestra teoría del delito.

La propuesta lleva implícita la necesidad de unificar criterios en la teoría del delito, instrumento necesario para la integración de la norma y el caso concreto.

Reconocemos limitaciones bibliográficas, tomamos como base la Doctrina Alemana, Sudamericana y las principales obras mexicanas.

Nuestro agradecimiento especial al Dr. Raúl Carranca y Rivas, por su ayuda y dirección del presente trabajo.

CAPITULO I

TEORIA DEL DELITO

1.1. DOGMATICA JURIDICA PENAL.

A finales del siglo XIX la dogmática acaparo el interés de la ciencia penal alemana, italiana y el mundo hispano. En la década de los años sesentas resurgió la preocupación por retomar los principios de la política criminal que Franz Von Liszt sostuvo. En ocasión del 50 aniversario de su muerte, diversos estudiosos del derecho promovieron aquellas tesis para sustentar la política criminal.

1.1.1. Concepto

Para conocer la Dogmática Jurídica Penal se deben tener en cuenta a otros autores:

El Diccionario para Juristas dice que Dogma viene de Latín Dogma "proposición que se asienta por cierta y firme cómo principio innegable de una ciencia"¹.

Según el Dr. Celestino Porte Petit... "Es la disciplina cuyo objeto consiste en descubrir, construir y sistematizar los principios rectores del ordenamiento penal positivo"².

¹ Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas. Ed. Mayo. México, 1981, pág. 474

Carlos Santiago, señala: ... "que el dogma no está abierto al debate crítico, ni al test de los hechos; se obvian los criterios que determinan nuestro derecho a estar seguros de la verdad de una proposición"³.

A mediados del siglo XIX, la dogmática tuvo auge porque entre los estudiosos predominaba el idealismo como doctrina filosófica, lo que se refleja en la creación de la Teoría del Delito. En el siglo XX, en México, autores como Carrancá y Trujillo, Porte Petit, Castellanos Tena, Franco Guzmán, Sergio García Ramírez y Carrancá y Rivas, han sido pilar del Derecho Penal en la estructura conceptual de la TEORÍA del delito, lo que predomina en la Dogmática Penal Mexicana, en el sistema causalista normativo (valorativo).

1.1.2. Interpretación Dogmática

Carlos Santiago señala ... "cuando los penalistas encaran el análisis de un tipo legal, la primera pregunta que se proponen contestar consiste en determinar cuál acción está descrita por tal tipo"⁴. ...cada descripción hace referencia a una sola clase de acciones, a pesar de ser descripciones complejas en el sentido de que mencionan varias propiedades. También una acción individual puede ser objeto de varias descripciones o de una descripción compleja, no implicando la pluralidad de descripciones la multiplicidad de acciones"⁵:

Así como un objeto puede tener varias descripciones, lo mismo ocurre con la conducta humana. Carlos Santiago explica:

² Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, México, 1954, pág. 27

³ Santiago Nino, Carlos. Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica Penal. U.N.A.M., México, 1989. pág. 17

⁴ Ibidem, pág. 41

⁵ Ibidem, pág. 41

“Podemos describir una acción hipotética de Ticio de éstas formas:

- 1) Ticio apretó el gatillo de su revólver;
- 2) Ticio disparó un proyectil en dirección al cuerpo de Sempronio;
- 3) Ticio mató a Sempronio;
- 4) Ticio se vengo de Sempronio ⁶.

La interpretación dogmática varía de acuerdo a la persona y el interés que se persiga.

1.1.3. Teorías Dogmáticas.

La Dogmática Jurídica está constituida por interpretaciones de normas jurídicas; son llamadas por los juristas “Teorías”, el ejemplo lo da la Teoría de la Acción en el Derecho Penal.

Las teorías dogmáticas difieren entre sí en aspectos substanciales. La estructura de las teorías dogmáticas, hecha en base al análisis de una determinada tesis, constituye un esquema con posibilidad de ser poco representativo, depende del sistema de Derecho que rija. En México tenemos un sistema de Derecho Liberal basado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual contiene una parte dogmática que va del artículo 1 al 29, en donde se consagran las garantías individuales.

Se ha demostrado que depende del Sistema Político de cada lugar, la ubicación de la dogmática jurídica; tenemos dogmas en nuestra Constitución

⁶ Santiago Nino, Carlos. Op. cit., pág. 41

que sirven de base a muchos sistemas jurídicos, principios cómo el de que una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo delito "NON BIS IN IDEM", consagrado en el artículo 23 de nuestra Carta Magna.

1.2. TEORIA DEL DELITO.

1.2.1. Concepto

La Teoría del Delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley ⁷.

El delito y la pena, junto con el binomio peligrosidad-medida de seguridad, constituyen los objetos centrales del Derecho Penal.

El Derecho Penal describe los elementos que diferencian delitos cómo el asesinato, robo, la falsedad, del mismo modo que para cada uno de ellos se señalan diferentes penas. Existen principios y elementos que son comunes a todo delito, de la misma forma que ciertas consideraciones afectan a toda pena ⁸.

El Dr. Raúl Zaffaroni, define a la Teoría del Delito, cómo la parte de la ciencia, del Derecho Penal, que se ocupa de explicar qué es el delito en

⁷ Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Témis. Colombia, 1989, pág. 67

⁸ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1984, pág. 87

general, es decir, cuales son las características que debe tener cualquier delito⁹.

Para Hans-Heinrich Jescheck, autor alemán, la Teoría del Delito se ocupa de los presupuestos jurídicos generales de la punibilidad de una acción¹⁰.

Las definiciones de la Teoría del Delito sirve para ligar un caso concreto con el tipo penal; es decir, facilitar el principio de tipicidad.

1.3. EVOLUCION HISTORICA DE LA TEORIA DEL DELITO.

La metodología de Jescheck consisten en estos tres puntos:

- Concepción Clásica.
- Concepción Neoclásica - Clásica.
- Concepción Finalista del Delito.

Otros autores señalan:

1.3.1. Concepción Clásica.

Von Liszt y Beling pertenecen al positivismo científico de la segunda mitad del siglo XIX.

⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Cárdenas. México, 1986, pág. 33.

¹⁰ Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomo 1, Ed. Bosch, Barcelona, traducción Santiago Mier y Muñoz Conde, 1981, pág. 263.

La Dogmática Clásica Jurídica Penal utiliza cómo fundamento la distinción entre el aspecto externo (objetivo) y el aspecto interno (subjetivo) del delito.

Para la Escuela Clásica lo objetivo se constituía de acción, tipicidad y antijuricidad, la parte subjetiva correspondía a la culpabilidad con sus especies o elementos, dolo y culpa.

1.3.1.1. Acción.

El sistema Liszt-Beling es el que se identifica con el naturalismo causalista. Liszt, se apoya en las ciencias naturales y las aplica a la TEORÍA del Delito ¹¹. La acción es el primer elemento externo; Dice Bustos Ramírez, "la acción aparece cómo lo sustantivo, las demás características cómo simples adjetivaciones" ¹². Este elemento se entiende en un sentido naturalístico cómo una causa que altera el mundo exterior por una conducta corporal voluntaria.

La acción se compone de un movimiento corporal (conducta) que produce una modificación del mundo externo (resultado). Ambas deben estar unidas por un a relación de causalidad ¹³ de modo que la conducta es causa del efecto. No se incluyen en la acción predicados de valor, es decir, no contiene elementos subjetivos, ni elementos de valoración.

¹¹ Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Ed. Ariel. Barcelona, 1984, pág. 159.

¹² Ibidem, pág. 159

¹³ Existe la relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto ("conditio sine qua non"). Jiménez de Asua. La Ley y el Delito, pág. 221.

La acción es un movimiento corporal o cómo dice Hans Jescheck ... "El concepto causal de acción esta en el mundo exterior que nuestros sentidos pueden percibir y la voluntad del individuo no esta contenida en la acción cómo parte integrante de ella, sino que la acción, para ser tal, requiere meramente de voluntariedad, que es diferente de voluntad"¹⁴.

Hans Welzel dice: "La voluntad es voluntad de algo concreto: cuando queremos, queremos algo. En tanto que voluntariedad es querer cualquier cosa, un querer simple, llano, no concreto". (El nuevo sistema del Derecho Penal. Pág. 28).

EJEMPLO:

"A" decide matar a "B", toma un puñal, realiza un movimiento corporal y le introduce el arma en el corazón.

En este ejemplo la acción es el movimiento corporal.

1.3.1.2. Tipicidad.

Era entendida cómo la descripción externa de la acción sin contenido normativo ni elemento subjetivo. Su relación con la antijuricidad se fijo cómo indicio.

La tipicidad resulta una característica objetiva sin valoración o subjetividad (incolora ó sin sangre).

¹⁴ Hans h. Jescheck, Op. cit., pág. 292.

Lo que interesa constatar es el resultado producido por la acción y la relación de causalidad. La tipicidad es descriptiva y objetiva ¹⁵.

1.3.1.3. Antijuricidad

Es un juicio de valor que recae sobre la acción, contemplada como un aspecto objetivo; en el juicio de desvalor, no se toma en cuenta los elementos subjetivos.

La valoración de este proceso de la naturaleza, al considerar su dañosidad social o ataque a bienes jurídicos, es la antijuricidad. La antijuricidad como segunda determinación o adjetivación de la acción viene a ser una valoración. La antijuricidad es un elemento, entonces, objetivo y valorativo ¹⁶.

1.3.1.4. Culpabilidad.

Es un proceso psicológico, que se encuentra en el sujeto y está relacionado con el hecho. La culpabilidad es el aspecto subjetivo del delito.

Su presupuesto es la imputabilidad y sus especies el dolo y la culpa.

¹⁵ Bustos Ramírez, Juan. Op. cit., pág. 159.

¹⁶ *Ibidem*, pág. 159. Cfr. Entiéndase como injusto, la acción típica y antijurídica. Tiene un carácter fundamental: la objetividad. Sea objetivo descriptivo si se trata de la tipicidad o bien objetivo - valorativo si es antijurídico.

1.3.2. Concepción Neo-Clásica.

A esta concepción se le ha llamado Teoría Normativa, o causalismo valorativo.

La Teoría Clásica empezó a tener fisuras en su estructura al no poder explicar los delitos de omisión cuando hay olvido, por no tener un nexo causal con el resultado.

Reinhart Frank, profesor de la Universidad de Munich, es señalado cómo el padre de esta escuela; para tal doctrina la acción es comprendida:

1.3.2.1. Acción.

La TEORIA Normativa y la Clásica conciben a la acción como la conducta humana, una manifestación de la voluntad en el mundo exterior.

El acto interno de voluntad y la manifestación externa de este acto, son requisitos de la acción.

1.3.2.2. Tipicidad.

Se le considera cómo "Rattio Essendi", de la antijuricidad. Se habla así del tipo de injusto. En su condición de mera descripción, exenta de valoración, que pugnaba la Teoría Clásica, se ve afectada por el descubrimiento de los elementos normativos del tipo y los elementos subjetivos del injusto.

1.3.2.3. Antijuricidad.

Refiere Bustos Ramírez, en relación a la afirmación de Beling, que el tipo es ajeno al valor. Explica que la antijuricidad es una lesión objetiva de las normas de valoración; la acción típica surge como la creación de una lesión, en la medida que no hay causas de justificación. Esta es la forma en que se afirma la valoración de la tipicidad y la antijuricidad, con lo cual se verifica la existencia de elementos normativos específicos del tipo.

1.3.2.4. Culpabilidad.

La concepción normativa, es un juicio de reproche al autor por haber realizado un hecho típico y antijurídico, pudiendo haber actuado conforme a lo que ordena el derecho. La culpabilidad además de tener un contenido determinado de carácter psicológico (dolo y culpa), es un juicio de desvalor, la culpabilidad es reproche. Para esta doctrina la imputabilidad, el dolo y la culpa son formas de ella.

1.3.3. Concepción final de la acción.

Esta teoría nace con la publicación del Libro "Derecho Penal Alemán" de Hanz Welzel.

Cómo asevera Sainz Cantero, se abandonara el pensamiento lógico abstracto para sustituirlo por una consideración ontológica de los problemas ¹⁷.

¹⁷ Cfr. Sainz Cantero, José A. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 3a. edición. Ed. Bosh. Barcelona 1990. pág. 469. Al respecto señala que el finalismo en el ordenamiento jurídico esta construido

Esta teoría es iniciada por Hans Welzel, y seguida por juristas como Von Weber Graf Zu Dohna, Welzel, Niese, Reinhart Maurach, Günter Stratenwerth, Armin Kauffman, Claus Roxin, Günter Jacobs.

La Teoría de la acción final dio un nuevo contenido al delito; la acción es final y no causal, como afirma Welzel ... "La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre () puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su actividad, proponerse por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan. Actividad final es obrar orientado conscientemente a un fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido a un fin, sino que es resultante de los componentes causales en cada caso. Por eso la finalidad es vidente, la causalidad es ciega ¹⁸.

La conducta humana es ejercicio de acción final, es decir, posee una estructura lógico objetiva final; debe ser un concepto ontológico ¹⁹.

La acción es conducta humana, conducida por la voluntad hacia un determinado fin. La finalidad perseguida, y por tanto el contenido de la voluntad del sujeto, forman parte de la acción.

La Teoría Finalista de la acción parte de la idea; en los tipos de los delitos dolosos o en los culposos nos hallamos ante dos categorías autónomas, en las cuales, la acción presenta diversa estructura ontológica.

sobre estructuras lógico - reales (lógico objetivas) y que la estructura lógico objetiva del objeto del conocimiento determina la estructura del concepto.

¹⁸ Hans Welzel. Derecho Penal Alemán, pág. 53 y 54.

¹⁹ ONTOLOGICO.- (gr. on, el ser y lógia). Parte de la metafísica que estudia el ser en general y sus propiedades trascendentales. Palomar de Miguel. Diccionario para Juristas, pág. 940.

A continuación se analizan los elementos:

1.3.3.1. Acción.

En la Teoría Finalista, el dolo es natural y finalidad; pertenece a la acción, apartándolo de la culpabilidad. La antijuricidad es un predicado de la acción y deberá comprender también esa finalidad, por lo que se define que la antijuricidad tiene naturaleza subjetiva, Hans Welzel lo llama Teoría del Injusto Personal.

1.3.3.2. Tipicidad.

En la tipicidad hay una parte objetiva y otra subjetiva del tipo. La primera es la objetivización de la voluntad integrante del dolo, comprende características externas del autor la parte subjetiva esta formada por el dolo y los elementos subjetivos. El dolo se agota en la finalidad dirigida al tipo objetivo; la antijuricidad no es un elemento del tipo; el dolo no se extiende sobre ella, no comprende el conocimiento de la antijuricidad.

1.3.3.3. La antijuricidad.

Es un juicio de valor que expresa que la acción puede ser contraria a la norma. Lo será cuando haya causa de justificación. Toma en cuenta la conducta externa del autor.

Al injusto sólo le importa el fin que el sujeto se ha propuesto.

Injusto es la acción antijurídica personal referida al autor.

1.3.3.4. Culpabilidad.

Es un juicio de reproche que se formula al autor por no haber adecuado su conducta al Derecho, a pesar de que estaba en situación de hacerlo.

Sus componentes son:

- a) Imputabilidad.
- b) Conocimiento de la antijuricidad.
- c) Exigibilidad.

1.4 DELITO.

La palabra delito deriva del verbo latino "delinquere", significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la Ley ²⁰.

Hemos de estudiar al delito a través, de los más connotados tratadistas.

1.4.1. Noción Jurídica (Carrara).

Francisco Carrara es el mayor exponente de la escuela clásica; define al delito ... "como la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la

²⁰ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales, ed. Porrúa, Trigésima segunda edición, 1993, México, pág. 126. El diccionario para juristas señala que viene del delito, a.f.v. y este del latín delictum.

seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”²¹ .

De la anterior definición podemos analizar lo siguiente:

1. **INFRACCION A LA LEY:** Da la idea general del delito porque ningún acto puede tener la calidad sin que la Ley lo prohíba.
2. **DEL ESTADO.** Limita su concepto a las leyes positivas.
3. **PROMULGADA.** La ley humana sólo puede ser conocida por su promulgación.
4. **PROTEGER LA SEGURIDAD PUBLICA O PRIVADA.** Sólo el ataque a la seguridad es delictivo.
5. **CIUDADANOS.** En la idea especial del delito va incito el ataque a la seguridad pública.
6. **ACTO EXTERNO.** El fin del Derecho es la defensa del orden externo y no el perfeccionamiento interno. El pensamiento no delinque.
7. **DEL HOMBRE.** Ya que es el único que tienen voluntad racional.
8. **POSITIVO O NEGATIVO.** Es decir, de acción o de omisión.
9. **MORALMENTE IMPUTABLE.** La imputabilidad moral es

²¹ Carrara, Francisco. Programade Derecho Criminal, Vol. I. p. 60.

presupuesto de la imputación política.

10. SOCIALMENTE DAÑOSO. Para ratificar la idea del ataque a la seguridad pública por medio del daño mediato e inmediato.

1.4.2. Noción Sociológica (Escuela Positiva).

Para Ferri, el delito legal consiste en que el hombre (sujeto activo) ofende a otro (sujeto pasivo) violando un derecho o un bien (objeto jurídico), que se concreta en la persona o en la cosa (objeto material), mediante una acción psíquica que determina y guía una acción física, produciendo un daño público y privado; (esto lo encontraremos en sus estudios: Principios de Derecho Criminal).

1.4.3. Noción Sustancial.

Esta mira el contenido ético, social y político de los hecho que en abstracto prevé la ley como punibles.

Este concepto tiene una tendencia a los contenidos extrajurídicos.

1. LA TEORIA OBJETIVA.- Es ataque a un bien o a un interés jurídicamente tutelado.

2. TEORIA SUBJETIVA.- Es la desobediencia al deber jurídico de acatamiento al Derecho y al Estado.

3. ECLECTICA.- Depende del aspecto que presente en primer plano la lesividad para el bien jurídico o la violación de un deber jurídico.

1.4.4. Noción Legal.

La noción legal la encontramos en la Ley. En México, el artículo 7o. del Código Penal define:

Artículo 7o.- Delito es el acto u omisión que sanciona las leyes penales.

El delito es:

I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viole el mismo precepto legal.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico, producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el

deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente ²².

1.4.5. Noción Dogmática.

La Teoría Clásica considera al delito como la conducta típica, antijurídica y culpable, o como dice Mezger: acción típicamente antijurídica y culpable ²³.

Para el finalismo sólo hay tres elementos según Welzel: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; elementos que convierten a la acción como en delito ²⁴.

La tipicidad, antijuricidad y culpabilidad son los presupuestos de la pena.

²² Código Penal. Ediciones Andrade, 1994, Reformas al Código Penal que entraron en vigor el día 1o de febrero de 1994, pág. 22.

²³ Edmund Mezger. Tratado, pág. 56

²⁴ Welzel, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Ed. Ariel, Barcelona, 1964, pág. 43.

CAPITULO II

ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO (SISTEMA CAUSALISTA)

2.1. CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.

2.1.1. Conducta:

2.1.1.1 Generalidades sobre la denominación:

Para Francesco Carrara, "El delito civil se define así: Es la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso" ²⁵.

"La conducta es un comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito" ²⁶

²⁵ Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal, Volumen I, pág. 43, Ed. Témis Bogotá, 1977 (traducido por José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero). En esta definición de delito del padre de la Escuela Clásica, en la parte que reza... " y que resulta de un acto externo del hombre..." se reafirma, como dice Francesco Antolisei, que ante todo el delito es una acción del hombre, agrega, que el fenómeno de la naturaleza o el hecho del animal, nunca pueden constituir un delito. La acción y el resultado en el delito, traducción del italiano por José Luis Pérez Hernández, Ed. Jurídica Mexicana, México 1959, pág. 21.

²⁶ Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Trigésima cuarta edición, Ed. Porrúa, México 1994, pág. 149.

El profesor Franco y Guzmán llama a la conducta: hecho ²⁷, ya que este término abarca tanto lo que hace el hombre como lo que produce, de donde resultan tres sub-elementos:

- a) La conducta; Es el modo como el hombre se expresa y puede presentarse en forma de acción o de omisión.
- b) El resultado; En ocasiones la acción o la omisión producen un resultado material, perceptible por los sentidos.
- c) El nexo causal: No basta que alguien haya realizado una acción u omisión y producido un resultado; es indispensable comprobar que tanto la conducta como su efecto se encuentran unidos por un nexo de causalidad. Es necesario que la conducta sea la causa del resultado material ²⁸.

La conducta (o hecho), constituye la infraestructura de la Teoría del Delito -en el sistema causalista-, o dicho con otras palabras -como afirma Castellanos Tena- en el sentido de que muchos llaman a la conducta: soporte naturalístico del ilícito penal” ²⁹.

Sobre el particular -dice Carrancá y Trujillo- “lo primero para que el delito exista es que se produzca una conducta humana. La conducta -continúa

²⁷ El Jus-Penalista Mexicano, Porte Petit Candaudap, Celestino, distingue: Conducta y hecho. La primera es un elemento del segundo. A la conducta la identifica con los llamados delitos de mera actividad. Al hecho lo identifica con los llamados “delitos de resultado material”, ambos (conducta y hecho), los denomina “elemento objetivo del delito”; y se sabrá cuando se está en presencia de una u otro, según la hipótesis típica. Programa de Derecho Penal - Parte General - Ed. Trillas, México 1990, pág. 237.

²⁸ Franco Guzmán, Ricardo. Manual de Introducción a las Ciencias Penales, Segunda Edición, INACIPE (Instituto Nacional de Ciencias Penales), México, 1976, pág. 15.

²⁹ Op. cit. pág. 162.

diciendo-, es así, el elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre”³⁰ .

El delito -apunta el Penalista Eugenio Cuello Calón- “es ante todo un acto humano, una modalidad jurídicamente trascendente de la conducta humana, una acción”³¹ .

Por lo que respecta, a la terminología que debe ser empleada cuando se habla del primer elemento esencial del ilícito penal, Castellanos Tena dice: “Nosotros preferimos el término conducta, dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el negativo”³²

Se ha discutido cuál es el término adecuado para expresar el elemento material del delito; algunos lo denominan conducta; otros acción (lato sensu), hay quienes distinguen entre conducta y hecho, unos mas lo llaman acto.³³ :

CONDUCTA: Comportamiento volitivo del ser humano, de hacer o de no hacer, encaminado a un fin. Tiene dos modalidades: Acción y Omisión, esta última se divide en omisión simple y comisión por omisión. La acción es un movimiento corporal, con el cual se viola una norma prohibitiva. La omisión siempre se diferencia de la comisión por omisión en que en la primera se da un resultado típico (no

³⁰ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano (Parte General), Ed. Porrúa, México 1986, pág. 275.

³¹ Derecho Penal, Tomo I. (Parte General - Volumen Primero -) Ed. Bosch, Casa Ed., S.A., Barcelona, 1980, pág. 344.

³² Op. cit. pág. 147.

³³ Denominaciones principales que se utilizan para calificar al elemento objetivo del delito.

material). En la segunda se presenta un resultado típico y material. En la omisión simple se deja de hacer lo expresamente mandado - dolosa o culposamente -. En la omisión impropia se deja de hacer lo mandado y se hace a la vez algo prohibido -dolosa o culposamente-. Son partidarios del término conducta -entre otros- Fernando Castellanos Tena y Raúl Carrancá y Trujillo. Por lo que respecta a Ricardo Franco y Guzmán, Celestino Porte Petit y Francisco Pavón Vasconcelos, acepta el termino conducta, para identificarlo con los llamados delitos de resultado formal (no hay mutación en el mundo externo).

ACCION: (Lato Sensu): Para Cuello Calón, el delito es una acción "acción en amplio sentido es la conducta exterior voluntaria encaminada a la producción de un resultado". Acción en sentido amplio, tiene dos elementos: la acción en estricto sentido o hacer positivo y, la omisión o conducta de no hacer. Se muestran partidarios del término acción (en lato sensu) para referirse al elemento objetivo del delito - entre otros- los juspenalistas: Eugenio Cuello Calón, Edmund Mezger, Giuseppe Maggiore y Carlos Fontán Balestra.

CONDUCTA Y HECHO.

Se declaran partidarios de esta clasificación: Celestino Porte Petit, Ricardo Franco y Guzmán y Francisco Pavón Vasconcelos.

CONDUCTA: Se presentan en los llamados delitos de mera conducta, "cuando el tipo exige una mera acción u omisión sin resultado material" (Catellanos Tena).

HECHO: se presenta en los llamados delitos de resultado material (se produce una mutación en el mundo exterior). Son elementos del Hecho al decir de Porte Petit ³⁴ los siguientes:

- a) una conducta.
- b) un resultado material.
- c) un nexo casual.

ACTO: Luis Jiménez de Asúa, en su libro la Ley y el Delito, dice que "el primer carácter del delito es ser un acto". Agrega: es indistinto usar el término acto y acción en sentido amplio.

El penalista hispano no está de acuerdo en usar el término Hecho ya que dice "hecho es todo acaecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza". Para Jiménez de Asúa el acto, "supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta". Jiménez de Asúa dice que la palabra "acto", tiene una acepción amplia, que

³⁴ Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Ed. Porrúa, México, 1983. En este sentido Ricardo Franco y Guzmán, pág. 326.

comprende el aspecto positivo, acción, y el negativo omisión (Ley y el Delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, pág. 210). El "acto" solo pertenece al ser humano.

Se muestran partidarios de esté término: Luis Jiménez de Asúa, y en México el penalista Ignacio Villalobos.

El artículo 7o. de nuestro Código Penal Vigente para el D. F., define al delito como "el acto u omisión que sancionan las leyes penales" *Práctica penal*, Ediciones Andrade, 1994, pág. 2-2. Nótese como el término "acto", se identifica con la "acción stricto sensu".

Algunos penalistas al hablar del elemento objetivo o material del ilícito penal, incluyen dentro del cuerpo de su definición la terminología que usan otros, para referirse - como Castellanos Tena - al soporte naturalístico del delito:

Edmund Mezger dice: dos son las formas de la ACCION: a) el Hecho de comisión y el Hecho de omisión. (*Derecho Penal, Parte General*, ed. Cárdenas Editor y distribuidor, México, 1985), pág. 102.

Sebastián Soler, Penalista Argentino expone: "el elemento primario de todo delito... es la acción, o sea el hecho humano voluntario". (*Derecho Penal Argentino, Tomo I*, Ed. Tipográfica, Editora Argentina, Buenos Aires, 1951), pág. 292.

Solo las acciones u omisiones humano -voluntarias tienen interés para el Derecho Penal, por cuanto que solo el hombre goza de factor volitivo. Villalobos

afirma: "Sería ocioso, en la actualidad, insistir argumentando para demostrar que los delitos solamente han de buscarse en la conducta de los hombres y no entre las bestias y los hechos de la naturaleza."³⁵

Hoy -como afirma Castellanos Tena-³⁶, se encuentra generalizada la idea en el sentido de que sólo las personas físicas pueden cometer actos típicos del Derecho Penal pero hay algunos penalistas, como Carlos Franco Sodi³⁷ que sostienen que las personas morales (o jurídico colectivas como les llama el jus-civilista Don Ignacio Galindo Garfías) son responsables penalmente.

Los que sostienen que las personas jurídico-colectivas pueden delinquir, y que por lo tanto son responsables penalmente (como Luis Garrido y Carlos Franco Sodi), fincan su aseveración en el hecho de que la ley positiva penal mexicana expresa:

Artículo 13 del Código Penal Vigente:

"Son autores partícipes del delito:

VI.- Los que dolosamente (antes de la Reforma publicada el 10 de Enero de 1994: intencionalmente presten **ayuda o auxilium** a otro para su comisión".

Art. 11 del Código Penal Vigente.

"Cuándo algún miembro representantes una persona jurídica o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la

³⁵ Derecho Penal Mexicano, Parte General, Quinta Edición, pág. 231, Ed. Porrúa, México, 1990. El artículo 301 del Código Penal vigente para el D.F., dice: "Art. 301; de las lesiones que a una persona cause algún animal bravo, será responsable el que con esa intención lo azuce, o lo suelte, o haga esto último por descuido".

³⁶ Castellanos Tena, Op. cit. pág. 149.

³⁷ Nociones de Derecho Penal, 2da. edición, Botas 1950, pág. 65, (citados por Castellanos Tena, Op. cit. pág. 151).

representación social o en beneficio de ella el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

Fernando Castellanos Tena, asevera que las personas morales no pueden delinquir, pero que sin embargo si pueden ser sujetos pasivos (u ofendidos) del ilícito penal ³⁸. En todo acto típico del Derecho Penal hay un sujeto pasivo y un ofendido. Existe un llamado "pasivo constante", que de hecho es la sociedad misma. De ahí que por ejemplo a la institución del Ministerio Público se le denomine "Representante de los intereses de la Sociedad".

El hecho de que en una Resolución Judicial-Penal (sentencia), se decrete la suspensión de la agrupación o su disolución con fundamento en el artículo 11 del Código Penal, no constituye una pena, es una simple medida de seguridad, que como sabemos tienen como finalidad evitar la realización de delitos, tienen fines preventivos de la criminalidad ³⁹.

En concreto: Las personas morales no pueden delinquir y por lo tanto no pueden tener responsabilidad penal, por cuanto que carecen de voluntad. Cabe dejar asentado desde ahora -aunque esto se estudiará en el aspecto negativo de la conducta-, que todas aquellas causas que tengan el poder de eliminar el factor volitivo del hombre, eliminarán al elemento objetivo del ilícito penal, impidiendo por ende la configuración del delito. Aunque surja la duda -como dice

³⁸ Castellanos Tena, Op. cit. pág. 151.

³⁹ En este sentido el penalista Don Francisco González de la Vega en su Código Penal Comentado, Ed. Porrúa, México, 1989, pág. 67.

el penalista mexicano Fernando Castellanos Tena-, si en los llamados delitos de olvido”⁴⁰

2.1.1.2. La acción.

La acción, concebida como la primera forma de la conducta, o si se quiere de la “acción lato sensu”, es “todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano, capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación”⁴¹. El maestro Carrancá y Trujillo al explicar la “acción stricto sensu o acto”, dice: “la conducta humana manifestada por medio de un hacer efectivo, corporal o voluntario, integra la acción en sentido estricto o acto”⁴².

Al respecto, Celestino Porte Petit advierte: “la acción es una de las formas de la conducta, constituyendo por tanto una de las especies del género conducta”. “La acción consiste -dice el prestigiado maestro- en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello que da lugar a un “tipo de prohibición”.⁴³

Francisco Pavón Vasconcelos como ya habíamos apuntado-, junto con los maestros Franco y Guzmán y Celestino Porte Petit Condaudap, hacen una diferenciación entre lo que son los elementos del Hecho, dicen que son tres: conducta, nexos causal y resultado material (ver el Manual de Introducción a las Ciencias Penales, del Dr. Ricardo Franco y Guzmán, INACIPE, México, 1976).

⁴⁰ Op. cit. pág. 149.

⁴¹ Castellanos Tena, Op. cit. pág. 152.

⁴² Op. cit. pág. 277.

⁴³ Apuntamientos, Décimo quinta edición, Porrúa México, 1993, pág. 235.

La acción -dice Eugenio Florian-, "es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aún cuando sea ligera o imperceptible" ⁴⁴ .

El penalista Eugenio Cuello Calón, dice que son dos los elementos de la "acción stricto sensu", a saber: Un acto volitivo y una actividad corporal dirigida a la producción de un hecho que origine una modificación en el mundo exterior o ponga en peligro dicha modificación" ⁴⁵ .

Edmund Mezger, dice que son tres los elementos de la "acción stricto sensu"; a) un acto volitivo (que se encuentra en la psique del sujeto), b) un movimiento corporal externo, c) una relación de causalidad. Mezger no considera al resultado como elemento esencial de la acción, ya que indica, que solo existirá un resultado posterior al acto de voluntad y al movimiento corporal, en tanto no se trate de un delito de simple actividad ⁴⁶ . A nuestro parecer, el autor no distingue entre delitos de resultado formal y delitos de resultado material.

Celestino Porte Petit, dice, la "acción stricto sensu", consta de tres elementos: "a) la voluntad o el querer, b) la actividad, c) Deber jurídico de abstenerse" ⁴⁷ .

La voluntad o el querer.- Constituye en sí el elemento subjetivo de la "acción stricto sensu" (se encuentra en la psique del sujeto) es querer la

⁴⁴ Florian, Eugenio. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Trigésima edición, La Habana Cuba, 1929, pág. 559.

⁴⁵ Op. cit. pág. 152.

⁴⁶ Derecho Penal (Parte General) Ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor. Traducida por Ricardo C. Nuñez. México, 1985.

⁴⁷ Op. Cit. pág. 237

actividad. Se entiende que el sujeto “quiere su propio obrar, aunque no quiera el resultado del mismo”⁴⁸.

La actividad corporal.- ..”acto externo del hombre”⁴⁹, mientras la voluntad es el querer, la actividad corporal es el hacer.

El deber jurídico de abstenerse.- Así como en los delitos de omisión, existe el deber jurídico de hacer, en los delitos de acción existe el deber jurídico de abstenerse, de no hacer; por ello Porte Petit habla de un “tipo de prohibición”⁵⁰.

Podemos señalar como elementos de la “acción stricto sensu”, combinando los criterios de Cuello Calón⁵¹, Edmund Mezger⁵² y Celestino Porte Petit⁵³, los siguientes:

- A) Un acto de voluntad (un querer).
- B) Una actividad corporal (un hacer).
- C) Un resultado.
- D) Una relación de causalidad.

⁴⁸ Ferrer Sama. Comentarios al Código Penal, Tomo I, Murcia, 1946, Citados por Porte Petit, apuntamientos, pág. 237.

⁴⁹ Fracción de la Definición del Delito Civil de Francesco Carrara, Op. Cit. pág.43.

⁵⁰ Apuntamientos, Décimo quinta edición, Porrúa México, 1993, pág. 235.

⁵¹ Op. cit. pág. 152.

⁵² Op. cit. pág. 106.

⁵³ Op. cit. pág. 237.

2.1.1.3. La omisión.

La omisión como segunda forma de la conducta o de la “acción lato sensu”, presenta dos formas: omisión simple y comisión por omisión. O dicho de otra forma -como dice Porte Petit- “El delito de omisión, presenta dos clases:

- a) Propio delito de omisión...
- b) Delito de omisión impropia, o sea, el delito de comisión por omisión..”⁵⁴.

Sobre el particular Cuello Calón escribe: “La omisión es la conducta inactiva. Mas no toda inactividad es omisión, esta es inactividad voluntaria”. Puede definirse a la omisión -dice el prestigiado maestro- “como la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado”⁵⁵.

Carlos Fontán Balestra, al referirse a la clasificación de los ilícitos penales por las modalidades de la acción (así le llama al elemento objetivo del delito), dice que hay que atender a la naturaleza de la norma: “Si es prohibitiva, la conducta que la quebranta es una acción; si es impositiva, es violada por una omisión”⁵⁶.

Francesco Antolisei, resume su pensamiento acerca de la omisión, cuando terminantemente expresa: ... “la omisión no es más que el no cumplimiento de la acción que se esperaba de alguien”. Agrega el citado jurista

⁵⁴ Apuntamientos, pág. 239.

⁵⁵ Op. cit. pág. 347.

⁵⁶ Tratado de Derecho Penal, Parte general, Tomo I, Segunda Edición. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, pág. 475.

italiano que no todas las abstenciones humanas le interesan al Derecho, sino solo las que están en contradicción de sus preceptos ⁵⁷ .

2.1.1.3.1. La Omisión Simple o de Mera Conducta.

“Consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico” ⁵⁸ . Se da lugar a un tipo de mandato u orden.

El penalista Argentino Sebastián Soler, le llama a la primera forma de la Omisión “simple omisión” y agrega: “Unas veces el precepto penal en vez de emanar de una norma negativa (no matarás, no robarás), proviene de una norma positiva, que exige determinada actuación, de modo que el delito consiste en no hacer lo que la ley manda” ⁵⁹ . Como dicen los jus-penalistas mexicanos Raúl Carranca y Trujillo y Raúl Carranca y Rivas: “La omisión es un hacer activo, corporal y voluntario, cuando se tiene el deber de hacer, cuando ese hacer es esperado y se tiene el deber de no omitirlo, por lo que se causa un resultado típico penal” ⁶⁰ .

El maestro Castellanos Tena, dice que en los delitos de omisión simple o -como les llama Celestino Porte Petit “puro delito de omisión, simple omisión u omisión verdadera” ⁶¹ , el tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. Es decir en la

⁵⁷ Manual de Derecho Penal, Parte General. Traducción del italiano por Jorge Guerrero y Mario Ayerra, Ed. Térmis, Bogotá, Colombia, 1988, pág. 157.

⁵⁸ Apuntamientos, pág. 239.

⁵⁹ Derecho Penal Argentino, Tomo I, Primera reimpresión, Ed. Tipográfica, editora Argentina, Buenos Aires, 1951, pág. 336 y 337.

⁶⁰ Código Penal Anotado, Décima séptima edición, Ed. Porrúa, México, 1993, pág. 30.

⁶¹ Apuntamientos, pág. 239.

omisión simple si hay un resultado, pero no es material, sino formal, un resultado netamente jurídico⁶².

Giuseppe Maggiore, llama a la omisión simple "omisión pura y sencilla", y dice que consiste en omitir un "movimiento corporal, sin tener en cuenta el resultado. Aquí no haya lugar la idea de comisión (como al omitir la denuncia de un delito...)"⁶³.

Edmundo Mezger dice: " En la omisión simple o propia... el autor infringe un mandato y por ello es castigado....". Se trata por lo general, de delitos de peligro abstracto...."⁶⁴.

Podemos considerar que -según Cuello Colón-, sí en la omisión hay tres elementos: A) un acto volitivo, B) una conducta pasiva, C) un deber jurídico de obrar⁶⁵, agregando el que cita Celestino Porte Petit D) resultado típico, podemos resumir que la omisión simple, tiene los siguientes elementos:

⁶² En este sentido, Castellanos Tena, Op. cit. pág. 148.

⁶³ Derecho Penal, Volumen I, Ed. Témis, Bogotá, Traducción de José J. Ortega Torres, Bogotá, 1985. pág. 346.

⁶⁴ Op. cit. pág. 120. El autor estima que por lo general son los llamados "delitos de peligro abstracto" los que se identifican con la omisión simple, pero que también son posibles dentro de esta, los delitos de lesión, como ser el no alejarse en la violación de domicilio. Los delitos de Daño o Lesión, se identifican con los delitos de resultado material (se produce una mutación en el mundo fáctico). El maestro Ignacio Villalobos afirma "Hay actos que violan una ley prohibitiva, pero en los que el resultado se obtiene a través de una omisión". (op. cit. pág. 254).

⁶⁵ Op. cit. pág. 347.

- A) Voluntad o culpa ⁶⁶.
- B) Conducta pasiva.
- C) Deber jurídico de obrar ⁶⁷.
- D) Resultado penalmente tipificado, si existe una mutación, pero en el mundo jurídico, no en el fáctico ⁶⁸.

2.1.1.3.2. La Omisión Impropia o Comisión por Omisión.

El maestro Celestino Porte Petit, estima que a la segunda forma de omisión debe denominársele "resultado material por omisión" ⁶⁹.

Como dice Castellanos Tena: "... en los delitos de comisión por omisión (impropios delitos de omisión, es necesario un resultado material, una mutación en el mundo exterior, mediante no hacer lo que el Derecho ordena" ⁷⁰.

Como se había comentado, en la omisión simple: Se deja de hacer lo mandado expresamente, se viola una norma de mandato, sin causar resultado

⁶⁶ Celestino Porte Petit, considera que el primer elemento de la omisión simple es la "voluntad o culpa", es decir considera e maestro que aparece: "un elemento psicológico: querer la inactividad o llevarla a cabo en forma culposa" (apuntamientos, pág. 240), consideramos que el pensamiento del ilustre jus-penalista se refiere a que en los delitos de omisión simple, puede presentarse en algunos casos la ausencia de voluntad. Equipara a la culpa con la ausencia de voluntad.

El maestro Castellanos Tena, al definir a la conducta, y referirse a un "...comportamiento humano voluntario positivo o negativo..", adopta una postura que refleja el pensamiento en el sentido de que las acciones (stricto sensu) u omisiones deben ser voluntarias. En concreto; sin voluntad no hay conducta, y al existir una ausencia de voluntad no hay delito. El jurista Michoacano, también planteo la situación de que "surge el problema de saber si existe o no la voluntad de omisión" y agrega: "En los llamados delitos de olvido, para algunos autores de la omisión no es voluntaria; según otros hay voluntad Consciente". El maestro Español Mariano Jiménez Huerta -al decir si hay voluntad, pues basta la voluntad de la conducta diversa. Mariano Jiménez explica "que en algunos casos no es querida la inactividad corpórea, por faltar en el instante dado la voluntad.

⁶⁷ Como dice Cuello Calón; "Si el sujeto no tenía deber jurídico de obrar no existe omisión ni delito alguno". Op. cit. pág. 348.

⁶⁸ En la omisión simple el resultado es solo jurídico (típico), no material; es decir, se produce una mutación en el mundo normativo, no en el fáctico.

⁶⁹ Apuntamiento, pág. 239.

⁷⁰ Op. cit. pág. 153 y 154.

material alguno. En la comisión por omisión, se deja de hacer lo mandado expresamente prohibido (se viola una norma de prohibición), se causa un resultado material, es decir: se produce un mutamiento en el mundo exterior (perceptible por los sentidos).

Por ahora cabe mencionar que no es lo mismo ley y norma, la ley describe, la norma es el contenido de la ley.

Podemos considerar como elementos de al omisión impropia o comisión por omisión:

- A) Voluntad o no voluntad (culpa) -como le llama Porte Petit.
- B) Una conducta pasiva.
- C) Un deber jurídico de obrar y otro de abstenerse ⁷¹.
- D) Un resultado típico material.
- E) Un nexa causal o relación de causalidad ⁷².

Como hemos venido diciendo, en la omisión se viola una norma de mandato, es decir un deber jurídico de hacer. Como dice el penalista alemán Franz Von Liszt: "en la omisión la manifestación de la voluntad consiste en no

⁷¹ Dando lugar, como dice Celestino Porte Petit " a un tipo de prohibición" y a un "tipo de mandamiento a imposición".

⁷² Hay autores, como Celestino Porte Petit, Ricardo Franco y Guzmán y Francisco Pavón Vasconcelos - como ya hemos apuntado-, que al referirse al elemento material del ilícito penal, distinguen entre conducta y hecho. No es ocioso afirmar que la omisión simple se identifica con la conducta, mientras que la comisión por omisión se identifica con el hecho, formado -como dice Castellanos Tena- por una conducta más un resultado más un nexa causal. (lineamientos, pág. 154).

Celestino Porte Petit, al escribir el prólogo a la primera edición del libro del profesor Fernando Castellanos Tena "Lineamientos elementales de Derecho Penal en 1959, dice: "Al estudiar la conducta dedica bastantes líneas a la causalidad, la cual, como sabemos, viene a ser un elemento del hecho y solamente se presenta en los delitos en los que se produce un mutamiento en el mundo exterior". (Op. cit. pág. 11).

ejecutar, voluntariamente, el movimiento corporal que debiera haberse efectuado”⁷³.

En ambos tipos de omisión: simple e impropia, existe un “no obrar teniendo obligación de hacerlo”⁷⁴.

El párrafo segundo del artículo 7o.⁷⁵ de nuestro Código Penal Vigente para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, dice:

“Artículo 7...

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omita impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivada de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”.

“Como tratándose de la omisión impropia, no siempre es la norma penal el fundamento del deber de obrar..”.⁷⁶ hay que explicar los tres criterios que giran en torno a este idea:

⁷³ Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Instituto Ed. Reus, tercera Edición, traducido de la 20a. edición alemana, por Luis Jiménez de Asúa, Madrid, pág. 79.

⁷⁴ Castellanos Tena, Lineamientos, pág. 156.

⁷⁵ Adicionado por el Artículo Primero del Decreto publicado en el Diario Oficial, enero 10, 1994, en vigor el 1o. de febrero del mismo año. (Penal práctica, Código Penal para el D. F., ediciones Andrade, México, 1994), pág. 22.

⁷⁶ Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Parte General, Ed. Porrúa, México 1991, pág. 202.

A) Se dice en primer lugar que el deber de obrar deriva de un precepto jurídico, es decir de "La Ley", en toda la extensión de la palabra, "o de una ordenanza equiparada con ella, sin que pueda hacerse una numeración cerrada" ⁷⁷. Abarcando el total del derecho publico y Privado. "Se toman en cuenta, muy especialmente -dice Edmund Mezger- los deberes derivados del derecho de familia relativos al cuidado de otras personas..". ⁷⁸ y, también intervienen aquí el criterio sobre la fundamentación del deber por otras relaciones concretas de la vida ⁷⁹. "Se convierten deberes simplemente morales en verdaderos deberes jurídicos" ⁸⁰.

B) Un segundo criterio afirma -como dice Pavón Vasconcelos- "la fundamentación del deber en una especial aceptación" ⁸¹. "Aquí pertenecen ante todo -dice Edmundo Mezger- los casos de la aceptación de un deber en virtud de un negocio jurídico, especialmente sobre la base de un contrato" ⁸².

C) En cuanto al tercer criterio, existe el deber de obrar derivado del actuar precedente de un sujeto, cuando "el sujeto con su actuar, ha creado una situación de hecho de la cual puede surgir la violación de bienes jurídicos, con la producción de un resultado material antijurídico, nace el deber para el mismo de realizar lo necesario a fin de evitar la lesión al Derecho" ⁸³.

"Sin embargo -dice Pavón Vasconcelos- no todo actuar precedente da origen al deber jurídico de obrar, pues tratándose de actividades dolosas

⁷⁷ Expresión de V. Hippel, citado por E. Mezger, op. cit. pág. 302.

⁷⁸ Op. cit. pág. 122.

⁷⁹ Ibidem, pág. 123.

⁸⁰ Ibidem, pág. 124.

⁸¹ Op. cit. pág. 203.

⁸² Op. cit. pág. 123.

⁸³ Pavón Vasconcelos, op. cit. pág. 203.

encaminadas a la producción de un resultado ilícito, se está en presencia de un claro delito de acción y no de omisión, en el cual el sujeto tenía obligación de no hacer, violando, en consecuencia, un deber jurídico de abstenerse: sólo podrá la acción precedente fundamentar el deber jurídico de obrar, cuando no tenga carácter doloso”⁸⁴.

Tanto las acciones (stricto sensu), como las omisiones (simple comisión por omisión), pueden realizarse dolosa o culposamente, y solamente así⁸⁵.

El deber de obrar -dice el maestro Porte Petit- puede ser:

A) General. B) Especial. C) Expreso. D) Tácito⁸⁶.

El deber jurídico de evitar el resultado, subsiste -al decir el ilustre jurista argentino Sebastián Soler- en tres casos distintos:

- 1) Cuando emana de un precepto jurídico específico.
- 2) Cuando existe una obligación que especialmente esta contraída a ese fin.
- 3) Cuando un acto precedente impone esa obligación⁸⁷.

Existen puntos de distinción entre los delitos de omisión simple y los de comisión por omisión, así Porte Petit, los resume de la siguiente manera:

⁸⁴ Op. cit. pág. 203.

⁸⁵ Habida cuenta de que nuestro Código Penal vigente en su artículo octavo, así lo señala, ello en relación al artículo séptimo del mismo código punitivo (reformas del 10 de enero de 1994), que con acierto utilizan dolo y culpa como género y no las especies como era: imprudencia e intencionalidad.

⁸⁶ Apuntamientos, pág. 250.

⁸⁷ Op. cit. pág. 341.

1. Con la simple omisión se viola una norma preceptiva penal. En los delitos de comisión por omisión, se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva.
2. En los delitos de omisión simple existe un resultado típico y en los de comisión por omisión, un resultado típico y material
3. En la omisión simple lo que se sanciona es la omisión, a diferencia de los de comisión por omisión, en los que se sanciona no la omisión en sí, sino el resultado producido por esta. En otros términos, en los delitos de omisión simple, el delito lo constituye la violación de la norma preceptiva (penal); en tanto que en los de comisión por omisión, lo constituye la violación de la norma prohibitiva.
4. El delito de omisión simple es un delito de mera conducta y el de comisión por omisión es de resultado material” ⁸⁸ .

2.1.2. El Nexo Causal o Relación de Causalidad.

Como quedó asentado, la causalidad (nexo que une a la conducta con el resultado), es un elemento del hecho y solamente se presenta en los delitos de resultado material.

1. El nexo causal en la acción (stricto sensu):

“La conducta humana puede producir un cambio en el mundo exterior: físico, fisiológico o psíquico, o sea material” ⁸⁹ .

⁸⁸ Op. cit. pág. 251.

⁸⁹ Porte Petit, Apuntamientos, pág. 263.

"...entre conducta y resultado material -dice Celestino Porte Petit- se requiere una relación causal, para que aquél sea atribuible al sujeto" ⁹⁰ .

"Serio problema -afirma Castellanos Tena- es el de determinar cuales actividades humanas deben ser tenidas como causas del resultado" ⁹¹ . Como dice Franco y Guzmán: "No basta que alguien haya realizado una acción u omisión y producido un resultado, sino que es indispensable la conducta como su efecto se encuentran unidos por un nexo de causalidad. Es necesario que la conducta sea la causa del resultado material" ⁹² .

El ilustre penalista mexicano Castellanos Tena, explica las principales doctrinas sobre la causalidad, que sirven para saber "cuales actividades humanas deber ser tenidas como causas del resultado" ⁹³ .

⁹⁰ Op. cit. pág. 264.

⁹¹ Op. cit. pág. 156.

⁹² Op. cit. pág. 15.

⁹³ Castellanos tena, op. cit. pág. 156.

Teorías sobre la causalidad ⁹⁴, según la doctrina:

<p>A) Teoría de la equivalencia de las condiciones.</p>	<p>a) Temporal:</p> <p>b) Cuantitativo:</p>	<p>De la última condición (Ortmman).</p> <p>T. de la condición más eficaz (Birkmeyer).</p> <p>T. de la prevaencia (Binding).</p> <p>T. de la tipicidad condicionada (Ranieri). (Causa típica).</p> <p>T. de la causalidad adecuada.</p> <p>T. de la causalidad deficiente.</p>
<p>B) Teorías individualizadoras.</p>	<p>c) Cualitativo:</p>	<p>T. de la causalidad humana exclusiva (Antolisei).</p> <p>T. de la condición cualificada (Grispigni).</p> <p>T. de la causalidad jurídica (Maggiore).</p>

Nos referimos a las teorías más importantes de la relación de la causalidad.

A) Teoría de la equivalencia de las condiciones.- Esta es "Debida a Von Buri, también conocida como la de conditio sine qua non" ⁹⁵.

Para la teoría de Von Buri -al decir de Francesco Antolisei- ... "debe considerarse causa toda condición del resultado, o sea todo antecedente sin el cual no se hubiera producido el resultado" ⁹⁶. Como

⁹⁴ Op. cit. pág. 263.

⁹⁵ Castellanos Tena, op. cit. pág. 157.

⁹⁶ Op. cit. pág. 167.

dice Castellanos Tena: "...todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende todas son causa" ⁹⁷ .

Sebastián Soler, crítico a la Teoría de la *conditio sine qua non*, cuando dice: "...la identificación teórica del concepto de la acción con el de causalidad es uno de los errores comunes a todas las doctrinas causalistas. Ese error es aún más patente en la doctrina de la *conditio sine qua non*, que reduce a la acción humana al nivel de una condición cualquiera" ⁹⁸ . El famoso penalista argentino plantea un ejemplo en cuanto a la "Ridiculización de la doctrina de la equivalencia: Hoy casi me hago de un automóvil. Se lo pedí a uno que tiene dos, me dijo que no. Sólo faltó que me dijera que sí" ⁹⁹ .

"Para evitar tales excesos -dice Castellanos Tena- se ha pretendido limitarla mediante la aplicación de correctivos" ¹⁰⁰ . Algunos autores como Francesco Antolisei -al decir del maestro Castellanos Tena- buscan en la culpabilidad el correctivo a la teoría de la *sine qua non*, y afirman que para ser un sujeto responsable, no basta la comprobación del nexo causal, sino que precisa verificar si habrá dolosa o culposamente" ¹⁰¹ .

Castellanos critica la posición de Francesco Antolisei, cuando terminantemente expresa "... no podemos admitir que la culpabilidad constituya un correctivo en la teoría de la equivalencia de las condiciones, no puede ser correctivo lo que es un elemento, o sea aquello

⁹⁷ Ibidem, pág. 157.

⁹⁸ Op. cit. pág. 327.

⁹⁹ Ibidem, pág. 327.

¹⁰⁰ Op. cit. pág. 157.

¹⁰¹ Op. cit. pág. 157.

indispensable para la existencia del delito, pues en todo caso habría la misma razón para llamar correctivo a los restantes elementos del delito”¹⁰².

- B) Teoría de la última condición o de la causa próxima.- Esta es debida a Ortmann. “Para esta teoría -dice Pavón Vasconcelos-, del conjunto de condiciones concurrentes a la producción del resultado, sólo tiene carácter de causa la última de ellas, es decir la más próxima al resultado”¹⁰³. “Es inadmisibles esta tendencia, habida cuenta de que niega el valor a las demás concausas y los especialistas están acordes en que el Derecho también atribuye el resultado típico a quien puso en movimiento un antecedente que no es el último factor, inmediato a la producción del cuento”¹⁰⁴.
- C) Teoría de la condición más eficaz.- Esto es debido a Birkmeyer. Luis Jiménez de Asúa, dice que esta teoría es una de las variedades de la teoría de la causa en sentido individualizado, “que designa las condiciones del resultado”¹⁰⁵. Para esta teoría -dice Castellanos Tena- “solo es causa del resultado aquella condición que en la pugna de las diversas fuerzas antagónicas, tenga una eficacia preponderante..”¹⁰⁶. “Constituye una limitación -dice Castellanos Tena- a la de la equivalencia de las condiciones, pero su carácter individualizador la hace inaceptable al negar, con exclusión de las otras condiciones, la eficacia de las concausas y por ende la participación en el delito”¹⁰⁷.

¹⁰² Ibidem, pág. 158.

¹⁰³ Op. cit. pág. 216.

¹⁰⁴ Castellanos Tena, op. cit. pág. 158 y 159.

¹⁰⁵ La Ley del Delito, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, pág. 223.

¹⁰⁶ Op. cit. pág. 159.

¹⁰⁷ Op. cit. pág. 159.

D) Teoría de la adecuación o causalidad adecuada: Conforme a esta teoría, “es una causa en la producción del resultado no toda condición, sino aquella apropiada para producirla” ¹⁰⁸ .

Esta teoría es debida a Von Bar -que al decir de Castellanos Tena- distingue entre condición y causa. La causa es sólo lo que produce, por ser idónea, regularmente el resultado” ¹⁰⁹ . “La causa es normalmente adecuada cuando dicho resultado se aparta, de lo común no hay relación de causalidad entre él y la conducta” ¹¹⁰ .

El distinguido jurista michoacano Don Fernando Castellanos Tena “... se afilia ... a la teoría de la causa condicional, al afirmar: la teoría de la equivalencia... es la acertada, por su carácter general que reconoce las concausas, la naturaleza de condiciones y resuelve satisfactoriamente el problema de la participación” ¹¹¹ . “A pesar de que una condición sea causa del resultado en el orden lógico o natural, la conducta de quien la aportó puede no ser delictuosa, si esta ausente algún elemento esencial del delito” ¹¹² .

¹⁰⁸ Mezger, Edmund. Op. cit. pág. 112 y 113.

¹⁰⁹ Castellanos Tena, op. cit. pág. 159.

¹¹⁰ Op. cit. pág. 159.

¹¹¹ Celestino Porte Petit, prólogo a la primera edición del libro del Profesor Fernando Castellanos Tena, op. cit. pág. 11.

¹¹² Op. cit. pág. 159.

TEORIAS SOBRE LA RELACION DE LA CASUALIDAD	Según ésta TEORIA, "debe ser tomada en cuenta de entre todas las condiciones, una de ellas en atención a factores de tiempo, calidad o cantidad" ¹¹³ .	<p>TEORIA de la equivalencia de las condiciones: Tesis debida a Von Buri, también conocida como de las condition sine qua non.</p> <p>TEORIA de la última condición de la causa próxima, o de la causa inmediata, creada por Birkmeyer (criterio temporal).</p> <p>TEORIA de la condición mas eficaz, tesis debida a Birkmeyer (criterio cuantitativo).</p> <p>TEORIA de la adecuación o de la causalidad adecuada, debida a Von Birkmeyer (criterio cualitativo)</p>
--	---	---

El nexo causal en la omisión.- Como se ha venido diciendo, en los llamados delitos de simple omisión, no se produce ningún mutamiento en el mundo externo (resultado material), por ende, no es doble ocuparse del nexo causal en este tipo de ilícitos penales. Lo que se analizará será la relación de causalidad en los delitos de comisión por omisión, en los que se produce un resultado material.

Los que niegan un nexo de causalidad en la omisión -afirma Porte Petit- sostienen que "de nada, nada puede resultar" o bien "de la nada no puede hacer nada" ¹¹⁴.

Los tratadistas que admiten la existencia del nexo de causalidad en la omisión, partes de varias teorías, la generalmente aceptada es la llamada Teoría de la concepción normativa o Teoría de la omisión misma, que al decir

¹¹³ Ibidem, pág. 157.

¹¹⁴ Op. cit. pág. 277.

del maestro Porte Petit: " ... sostiene que la relación causal debe hallarse en la omisión misma, lo que significa, que el sujeto esta obligado a realizar una conducta (acción) o sea que la acción esperada es además exigida, y si de llevarse a cabo tal acción, el resultado no se produce, indudablemente existe un nexo causal entre la omisión y el resultado acaecido" ¹¹⁵ .

2.1.3. El Lugar y el Tiempo de Comisión del Delito.

"Precisar el lugar y el tiempo de comisión del delito es relevante -dice Pavón Vasconcelos- para la solución de diversas cuestiones relacionadas con la aplicación de la Ley penal en los ámbitos espacial y temporal" ¹¹⁶ .

Hay ocasiones, en que la conducta y el resultado no coinciden respecto al lugar y tiempo, es entonces cuando se está en presencia de los llamados "delitos a distancia", que dan origen a una problemática de aplicación de la Ley Penal, no sólo entre dos o más países soberanos, sino también por cuanto respecta a los estados (entidades federativas) ¹¹⁷ .

El maestro Pavón Vasconcelos, ¹¹⁸ muestra con un ejemplo el problema que se suscita en cuanto a un caso de aplicación de la Ley Penal:

"A" envía una carta injuriosa a "B", radicando en una entidad federativa diversa.

¿ En qué sitio y tiempo se ha de estimar inferida la injuria ?

¹¹⁵ Ibidem, pág. 279.

¹¹⁶ Op. cit. pág. 245.

¹¹⁷ Ibidem, pág. 161.

¹¹⁸ Ibidem, pág. 161.

Para tratar de solucionar esta problemática, se han elaborado varias teorías, entre las que destacan:

- A) Teoría de la actividad, según la cual -dice Castellanos Tena- "el delito se comete en el lugar y al tiempo de la acción o de la omisión".
- B) Teoría del resultado: "... de acuerdo con ella el delito se realiza en el lugar y al tiempo de producción del resultado" ¹¹⁹ .
- C) Teoría unitaria o de la obicuidad. "... para la cual el delito se comete tanto en el lugar y al tiempo de realización de la conducta, como en donde y cuando se produce el resultado" ¹²⁰ .

"La falta de un precepto para resolver este problema -dice Castellanos Tena- ha dado motivo a adoptar soluciones diversas con relación a los casos concretos, aunque generalmente se sigue la teoría del resultado" ¹²¹ .

El anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1958, en su artículo 5 se afilia a la teoría de la ubicuidad ¹²² .

¹¹⁹ Ibidem, pág. 161.

¹²⁰ Ibidem, pág. 161.

¹²¹ Op. cit. pág. 162.

¹²² Castellanos Tena, Op. cit. pág. 162.

2.1.4. La ausencia de la conducta.

Huelga hacer notar, que algunos tratadistas mexicanos como Francisco Pavón Vasconcelos¹²³, Celestino Porte Petit¹²⁴ y Ricardo Franco y Guzmán¹²⁵, al referirse al primer elemento esencial del delito, distinguen entre hecho y conducta.

“La ausencia del hecho y por ello del delito, surge al faltar cualquiera de sus elementos que lo componen, a saber: a) ausencia de conducta, b) inexistencia del resultado y c) falta de relación causal entre la acción u omisión, integrantes de la conducta y el resultado material considerado”¹²⁶.

“Salta a la vista -dice Pavón Vasconcelos-, que de las tres cuestiones propuestas, la primera resulta de esencial interés (la conducta). La inexistencia del resultado en los delitos materiales y la inprobación de la relación causal suponen una conducta humana, pero sin ésta no es posible siquiera plantear las hipótesis anteriores”¹²⁷.

¿ Cuándo es inexistente el delito, por ausencia de “un comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito ?”¹²⁸, o dicho de otra forma: ¿Cuándo no se integra un delito por ausencia de conducta?

¿ Qué es la ausencia de conducta ? “... Hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración al delito, cuando la acción u omisión son

¹²³ Op. cit. pág. 185.

¹²⁴ Op. cit. pág. 229.

¹²⁵ Op. cit. pág. 15.

¹²⁶ Pavon Vasconcelos, Op. cit. pág. 253.

¹²⁷ Op. cit. pág. 253.

¹²⁸ Castellanos Tena, Op. cit. pág. 149.

involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son “suyos” por faltar en ellos la voluntad” ¹²⁹ .

El artículo 15, fracción I, del Código Penal ¹³⁰ para el D.F., en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, antes de la Reforma publicada en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994, puesta en vigor el 1o. de febrero del mismo año, decía:

“Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

- I. Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias.

Ahora, -dice Castellanos Tena- nuestro Ordenamiento Positivo, en la Reforma a la fracción I, del artículo 15, capta todas las especies de ausencia de conducta, mediante una amplia fórmula genérica: el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente” ¹³¹ .

Casos de ausencia de conducta:

- A) Vis absoluta o fuerza física exterior irresistible (deriva del hombre): “De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere

¹²⁹ Pavon Vasconcelos, Op. cit. pág. 254.

¹³⁰ Ediciones Delma, actualizados, México, 1993, pág. 5.

¹³¹ Op. cit. pág. 163.

decir, que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no pueda resistirla y se vea obligado a ceder ante ella ¹³² .

B) *Vis maior* o fuerza mayor (deriva de la naturaleza): “En la fuerza mayor se presenta similar fenómeno al de la vis absoluta: actividad o inactividad involuntarias por actuación sobre el cuerpo del sujeto, de una fuerza exterior a él, de carácter irresistible, originada en la naturaleza o en seres irracionales” ¹³³ .

C) Movimientos o actos reflejos: “Los actos reflejos -explica el maestro Castellanos Tena- son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito)” ¹³⁴ .

“Para algunos penalistas -afirma Castellanos Tena- son verdaderos aspectos negativos de la conducta: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias. Otros especialistas las sitúan entre las causas de Inimputabilidad” ¹³⁵

“El sueño -dice Porte Petit- constituye indudablemente un aspecto negativo de la conducta, porque cuando se está en ese estado, no existe voluntad..” ¹³⁶ .

¹³² Semanario Judicial de la Federación, XCIII, pág. 2018.

¹³³ Pavon Vasconcelos, Op. cit. pág.257.

¹³⁴ Op. cit. pág. 164.

¹³⁵ Op. cit. pág. 164 y 165.

¹³⁶ Op. cit. pág. 325.

El maestro Porte Petit,¹³⁷ plantea la siguiente problemática en relación al sueño:

- A) La primera en el sentido de que si es responsable el durmiente, cuando en ese estado realiza una conducta o hecho tipificados en la Ley Penal. El propio Porte Petit considera que en este caso el sujeto no es responsable, porque estamos frente a una hipótesis de ausencia de conducta.
- B) La segunda en cuanto a que si es responsable el durmiente cuando busca el sueño intencionalmente o se aprovecha del mismo, para realizar una conducta o hecho tipificados por la Ley Penal. Es indudable -al decir el maestro Porte Petit- que en el caso de que el sujeto se coloca intencionalmente en estado de sueño, el sujeto debe responder del hecho o de la conducta cometidos (acción liberae in causa).
- C) El durmiente puede ser responsable de un delito culposo?. Cuándo no previo lo que era previsible o previendo el resultado tuvo la esperanza de que no se realizará. Se presentaron los dos grados de la culpa: con o sin representación?.
- D) La cuarta en cuanto a que si es responsable el durmiente cuando se le impone el estado de vigilia como obligación. Señala el mismo Porte Petit.

Por lo que respecta al hipnotismo, el maestro Ignacio Villalobos dice que se trata de una causa de Inimputabilidad: " ... no debe perderse de vista que

¹³⁷ Op. cit. pág. 325 y 326.

sólo se sanciona a quiénes mediante su discernimiento y voluntad cometen el hecho penalmente tipificado y si éste se consuma debido a la sugestión hipnótica, por un trastorno funcional de las facultades de conocer y querer, trátase de una Inimputabilidad”¹³⁸

El maestro Porte Petit,¹³⁹ presenta la siguiente problemática y solución respecto al hipnotismo:

PROBLEMATICA	SOLUCION
1.- Que se hipnotice al sujeto sin su consentimiento y realice una actividad tipificada por la ley.	Para algunos es un caso de ausencia de conducta, para otros es causa de Inimputabilidad.
2.- Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento con fines delictuosos.	Acción Liberae in causa. Es un delito doloso.
3.- Que se hipnotice al sujeto con su consentimiento sin intención delictuosa por parte de este.	Responsabilidad por delito culposo: con culpa de representación o sin ella, según el caso.

¹³⁸ Derecho Penal Mexicano, 2da. edición, Porrúa, 1960. Citado por Fernando Castellanos Tena, Op. cit. pág. 165, pág. 402 y 55.

¹³⁹ Op. cit. pág. 327.

Porte Petit ¹⁴⁰ presenta el siguiente problema al sonambulismo:

PROBLEMATICA	SOLUCION
1.- Es responsable el sonámbulo cuando en ese estado realiza una actividad tipificada en el Código Penal?	Algunos estiman que se trata de una ausencia de conducta, otros de una causa de inculpabilidad.
2.- Es responsable el sonámbulo cuando se aprovecha de ese estado para realizar una conducta o hecho tipificados por la Ley Penal?	Acción Liberae in causa. Es un derecho delictuoso.
3.- Es responsable el sonámbulo en virtud de una conducta culposa?	Si, en el caso de que prevea el resultado o haya podido preverlo, estamos frente a un delito culposo, es decir ante una culpa con o sin representación.

2.2. LA TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

2.2.1. Conceptos e Ideas Generales sobre el tipo y la tipicidad. Conceptos.

Para la existencia del delito "... se requiere de una conducta o hecho humano; más no toda conducta o hecho son delito; precisa, además, que sean típico, antijurídico y culpable" ¹⁴¹ .

La conducta al igual que la tipicidad, son elementos esenciales del delito. La ausencia de tipicidad impide la configuración del ilícito penal. "No existe delito sin tipicidad" ¹⁴² .

El artículo 14, párrafo tercero de la Constitución General de la República ¹⁴³ , establece el principio de tipicidad:

¹⁴⁰ Porte Petit, Apuntamientos, pág. 326.

¹⁴¹ Castellanos Tena, Op. cit. pág. 167.

¹⁴² Ibidem, pág. 167.

“Artículo 14.- ...

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”.

El artículo 1o. del Código Penal Colombiano,¹⁴⁴ establece el principio de tipicidad; que al igual que la Constitución mexicana se reduce a los dogmas penales: Nullem Crimen, Mulla Poena Sine Lege y Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Tipo:

Artículo 1: “Legalidad. Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la Ley Penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidos en ella”.

“No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Basta que el legislador suprima de la Ley Penal un tipo, para que el delito quede excluido”¹⁴⁵.

No es lo mismo tipo y delito; como expresa Carrancá y Rivas: “ ... tipo; es la descripción de hipótesis delictivas”¹⁴⁶.

¹⁴³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Procuraduría General de Justicia del D.F., y el Departamento del D.F., pág. 63.

¹⁴⁴ Código Penal Colombiano (relacionado por Enrique Peña), ECOE EDICIONES, Colombia, 1991, pág. 3.

¹⁴⁵ Castellanos Tena, Lineamientos, pág. 167.

¹⁴⁶ Entrevista al Dr. Raúl Carrancá y Rivas. Director del seminario del Derecho Penal, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNAM, núm 37, primera quincena de mayo de 1993, pág. 1.

“Hay gente que equivocadamente dice: se están creando nuevos delitos. ¡No! El delito es el resultado de la acción concreta de un individuo, de una persona de carne y hueso. En el Código no hay delitos, hay tipos delictivos, hay descripciones de conductas, que si mi acción específica se ajusta a esa descripción encontramos que estoy cometiendo un delito concreto” ¹⁴⁷ .

“El tipo afirma Castellanos Tena a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones la descripción del elemento objetivo (comportamiento)” ¹⁴⁸ . “Lo invariable es la descripción del comportamiento antijurídico (a menos que opere un factor de exclusión del injusto, como legítima defensa). Con razón Mariano Jiménez Huerta, en su obra la Tipicidad, define al tipo como el injusto recogido y descrito en la Ley Penal” ¹⁴⁹ .

Luis Jiménez de Asúa, define al tipo (en sentido legal), como 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; ¹⁵⁰ la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto” ¹⁵¹ .

El artículo 3o. del Código Penal Colombiano, ¹⁵² a la letra dice:

“Artículo 3o.- Tipicidad. La Ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca”.

¹⁴⁷ Entrevista al Dr. Raul Carranca y Rivas. Ibidem, pág. 1.

¹⁴⁸ Op. cit. pág. 168.

¹⁴⁹ Op. cit. pág. 235.

¹⁵⁰ Op. cit. pág. 235.

¹⁵¹ Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, pág. 423.

¹⁵² Op. cit. pág. 4.

2.2.2. Breve Desarrollo Histórico de la Tipicidad ¹⁵³ .

1. El tipo era considerado antiguamente en Alemania; es decir como el conjunto de caracteres integrantes del ilícito penal, tanto objetivos como subjetivos (incluyendo el dolo o la culpa). Esto es lo que para los antiguos escritores españoles era la “figura del delito”.

2. El tipo es una mera descripción: Doctrina aparecida en Alemania en 1906, creada por Beling.

3. Max Ernesto Mayer, en su obra Tratado de Derecho Penal (1915), afirma que la tipicidad no es meramente descriptiva sino indiciaria de la antijuricidad. Es decir “no toda conducta típica es antijurídica, pero si toda conducta típica es indiciaria de antijuricidad”. (Castellanos Tena, Op. cit., pág. 168)

4. Para Edmund Mezger “El tipo no es una descripción antijurídica, sino la Ratio Essendi de la antijuricidad... No define al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable, sino como una acción típicamente antijurídica y culpable. Opinión semejante sustenta en Argentina Sebastián Soler”.

Castellanos Tena considera que la tipicidad es la “Ratio Essendi” de la antijuricidad; “desde el punto de vista del proceso formativo del Derecho, la antijuricidad, al contrario, es Ratio Essendi del tipo, pues el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicos los comportamientos en ellas descritos” ¹⁵⁴ .

¹⁵³ Castellanos Tena, Op. cit. pág. 168 y 169.

¹⁵⁴ Op. cit. pág. 169.

“Hemos llegado a la conclusión de que asiste razón a Mezger, al observar como toda conducta típica es siempre antijurídica (por no operar causa de justificación alguna)” ¹⁵⁵ .

Carrancá y Trujillo, se afilia a la postura de Max Ernesto Mayer; dice: “la antijuricidad es elemento constitutivo del delito pero no lo es del tipo; es ratio éste de aquella, como el humo del fuego” (Mayer), pero sin que se confunda con ella por no ser su Ratio Essendi” ¹⁵⁶ .

Consideramos que toda conducta típica es solo indiciaria de antijuricidad; no siempre una conducta que se adecua a un tipo legal es antijurídica. Para considerar a la tipicidad como la Ratio Essendi de la antijuricidad, sería necesario aceptar que toda conducta típica es antijurídica (no cabe hablar en este sentido de las causas de ilicitud).

Este punto de vista se ilustra con el siguiente ejemplo:

“A” realiza una acción consistente en golpear la cabeza de “B”, quién muere, esta acción es típica, ya que se adecua al tipo penal de homicidio (Art. 302 del Código Penal Vigente); puede estar protegida por una causa de justificación. Luego entonces “A” actuó amparado por una legítima defensa, lo que muestra que la tipicidad no es la “Ratio Essendi” de la antijuricidad, sino solo la “Ratio Congnoscendi”.

En concreto: el tipo (hipótesis delictiva) si es la “Ratio Essendi” de la antijuricidad, ya que el tipo es una creación legislativa; dice Castellanos Tena:

¹⁵⁵ Castellanos Tena, Op. cit. pág. 169.

¹⁵⁶ Op. cit. pág. 422.

“... el legislador crea las figuras penales por considerar antijurídicos los comportamientos en ellas descritos”¹⁵⁷.

Por otra parte, la tipicidad no es la “Ratio Essendi”; Real fundamento o razón de ser de la antijuricidad.

La conducta típica (tipicidad), se presenta en el mundo fáctico, y sólo es indiciaria (ratio cognoscendi) de la antijuricidad; aceptarlo sería afirmar que toda conducta típica (tipicidad) es antijurídica.

2.2.3 La Función de la Tipicidad.

La tipicidad integra “un verdadero elemento esencial del delito”, “ ... no solo es pieza técnica. Es secuela del principio legalista, garantía de libertad”¹⁵⁸.

Porte Petit pregunta “ ... ¿Cuál es la fundamental importancia de la tipicidad? responde: consiste en establecer en forma clara y patente, que no hay delito sin tipicidad ..”.¹⁵⁹.

En este sentido, el Código Penal Colombiano,¹⁶⁰ en su artículo séptimo a la letra dice:

“Artículo 7º.- Exclusión de analogía. Salvo las excepciones legales, queda proscrita toda forma de aplicación analógica de la Ley penal”.

¹⁵⁷ Ibidem, pág. 169.

¹⁵⁸ Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, ediciones A. Bello, Caracas.

¹⁵⁹ Op. cit. pág. 333.

¹⁶⁰ Op. cit. pág. 4.

La función de la tipicidad en nuestro Derecho Vigente se encuentra contenida en el párrafo tercero del artículo 14, del capítulo I, titulado “De las garantías individuales”, de la Constitución General de la República” ¹⁶¹ .

¹⁶¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Op. cit. pág. 63.

2.2.4 Clasificación de los Tipos.

Castellanos Tena, en su libro (op. cit. pág. 173 y 174), realiza la siguiente clasificación:

Por su composición	Normales	Se limitan a hacer una descripción objetiva (homicidio).
	Anormales	Además de factores objetivos contienen elementos subjetivos o normativos (fraude).
Por su ordenación metodológica.	Fundamentales básicos	Constituyen la esencia o fundamento de otros tipos (homicidio).
	Especiales	Se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental al cual se subsumen (homicidio en razón de parentesco).
	Complementados	Se constituyen al lado de un tipo básico y una circunstancia o peculiaridad distinta, (homicidio calificado).
	En función de su autonomía o independencia	Autónomos o independientes: tienen vida por sí (robo simple). Subordinados: Dependen de otro tipo (homicidio riña).
Por su formulación	Casuístico	Prevén varias Hipótesis; a veces se integra con una de ellas (alternativas); v.gr. adulterio; otras con la conjunción de todas (acumulativos); ej. usurpación de funciones.
	Amplios	Describen una hipótesis única (robo), que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo.
Por el daño que causan	De daño (o de lesión)	Protegen contra la disminución o destrucción del bien (homicidio, fraude).
	De peligro	Tutelan los bienes contra la posibilidad de ser dañados (omisión de auxilio).

Jiménez Huerta, en su obra *La Tipicidad*¹⁶², realiza la siguiente clasificación de los tipos:

A. En torno a su ordenación metodológica.	a) Básicos b) Especiales c) Complementados	Privilegiados Agravados Privilegiados Agravados
B. En torno al alcance y sentido de la tutela penal.	a) De daño b) De peligro	Tipos de peligro efectivo. Tipos de peligro presunto. Tipos de peligro individual. Tipos de peligro común.
C. En torno a la unidad o pluralidad de bienes tutelados.	a) Simples. b) Complejos.	Complejo especial. Complejo complementado.

2.2.5 Elementos del Tipo. Atipicidad y Ausencia de Tipo.

Generalmente se aceptan como elementos del tipo:

- A) Sujeto activo. En ocasiones la Ley exige
- B) Sujeto pasivo. calidad o número.
- C) Objeto material.
- D) Objeto Jurídico (bien jurídico tutelado).
- E) Referencias temporales o espaciales (requeridas en el tipo).

¹⁶² *La tipicidad*, Ed. Porrúa, S.A., México, 1955, Citado por Pavón Vasconcelos, Op. cit. pág. 284 y 285.

- F) Medios comisivos (específicamente señalados por la ley).
- G) Elementos subjetivos del injusto (legalmente exigidos).
- H) Elementos normativos (en su caso).
- I) Antijuricidad especial (en su caso).

“... Javier Alba Muñoz considera al tipo como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en el”¹⁶³. El maestro Alba Muñoz, estima como elementos del tipo a la conducta y al resultado.

El artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, (Reformado por el artículo primero del Decreto del 22 de diciembre de 1983, publicado en el “Diario Oficial”, de 4 de enero de 1984, después reformado por el Artículo tercero del Decreto publicado en “Diario Oficial” del 10 de enero de 1994, en vigor el primero de febrero del mismo año), ¹⁶⁴ dice:

“El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I. La existencia de la correspondiente acción u

¹⁶³ Apuntes de Derecho Penal, Citado por Castellanos Tena, op. cit. pág. 168.

¹⁶⁴ Penal Práctica. Código de procedimientos Penales para el D.F., ediciones Andrade S.A de C.V., México, 1994, pág. 129.

¹⁶⁵ El sistema finalista de la Teoría del Delito, define cuando se coloca el dolo o la culpa en el tipo, se es “Finalista”.

omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II. La forma de intervención de los sujetos activos; y,

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión¹⁶⁵.

Así mismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos; y, h) las demás circunstancias que la ley prevea”.

“Cuándo no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. Esta es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa”¹⁶⁶.

No es lo mismo ausencia de tipicidad (atipicidad), y ausencia de tipo. “La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a el la conducta dada (causas de atipicidad)”¹⁶⁷. La ausencia de tipo se presenta cuando el legislador voluntaria o involuntariamente, no describe cierta conducta; bien sea por no considerarla como delictuosa, o no la describe por descuido.

¹⁶⁶ Op. cit. pág. 174.

¹⁶⁷ Castellanos Tena, op. cit. pág. 174 y 175.

"En el fondo -escribe Castellanos Tena-, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo"¹⁶⁸.

El artículo 15, en la fracción II, de nuestro Código Penal Vigente para el D.F., en materia de fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal ¹⁶⁹, se refiere a la atipicidad:

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I.

II. Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate";

"Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: a) Ausencia de la calidad o el número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuándo no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley; e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial"¹⁷⁰.

"Pavón Vasconcelos afirma hipótesis de atipicidad:

a) Cuándo falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo;

b) Cuándo falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo;

¹⁶⁸ Op. cit. pág. 175.

¹⁶⁹ Reformado por el Artículo primero del Decreto Publicado en "Diario Oficial" de 10 de enero de 1994, tomado de la Penal Práctica, ediciones Andrade, México, 1994, pág. 6.

¹⁷⁰ Castellanos Tena, op. cit. pág. 175.

- c) Cuándo hay ausencia de objeto o bien existiendo este no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto sus atributos;
- d) Cuándo habiéndose dado la conducta, están ausente las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo;
- e) Cuándo no se dan en la conducta o hecho; concretos los medios de comisión señalados por la ley, y,
- f) Cuándo están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal"¹⁷¹ .

"El legislador, al describir el comportamiento, se refiere a cierta calidad en el sujeto activo, en el pasivo, o en ambos; por ejemplo, en el delito de peculado, en el cual el sujeto activo ha de ser el encargado de un servicio público (art. 220 del C.P. de 1931)"¹⁷² .

"Sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en delitos patrimoniales. Se presentará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción, cuando se pretenda privar de la vida a quien ya no la tiene (en este caso tampoco hay objeto jurídico). El artículo 302, dice: "Comete el delito de homicidio quien priva de la vida a otro"¹⁷³ .

"Porte Petit escribe: reclama alguna referencia en orden al tiempo y de no concurrir, no se dará la tipicidad"¹⁷⁴ . El Código Penal Mexicano señala en el

¹⁷¹ Op. cit. pág. 290.

¹⁷² Op. cit. pág. 175 y 176.

¹⁷³ Castellanos Tena, op. cit. pág. 176.

¹⁷⁴ Op. cit. pág. 342.

artículo ... 215 fracción II: cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas
hiciera”¹⁷⁵ .

“El tipo puede demandar una referencia espacial; por tanto, es necesario
exista la tipicidad que concurren los elementos, exigidos por el tipo”¹⁷⁶ . “El
Código Penal contiene referencias especiales en el artículo 242 - II AI que
falsifique en la República los sellos, punzones o marcas de una nación
extranjera”¹⁷⁷ .

“La hipótesis legal, precisa de modalidades específicas, éstas han de
verificarse para la integración del ilícito; v. gr. “por medio de la violencia física o
moral”, como en el caso de la violación (artículo 265)”¹⁷⁸ .

Edmund Mezger, apunta “la doctrina hace hincapié en los elementos
subjetivos del injusto, que consisten en “características subjetivas, es decir,
situadas en el alma del autor”¹⁷⁹ . Los elementos subjetivos del injusto ...
Constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o al fin que persigue”¹⁸⁰ .
“Diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos: “intencionalmente”, “a
sabiendas”, “con el propósito”, etc. Su ausencia hará operar una atipicidad
(como ocurre, v. gr. en los tipos relativos a los artículos 199 bis, 277, 323,
etc.)”¹⁸¹ .

¹⁷⁵ Porte Petit, op. cit. pág. 342 y 343.

¹⁷⁶ Porte Petit, op. cit. pág. 344.

¹⁷⁷ Porte Petit, op. cit. pág. 345.

¹⁷⁸ Op. cit. pág. 176.

¹⁷⁹ Mezger, Tratado de Derecho Penal, I. Madrid, 1946, Citado Porte Petit, Op. cit. pág. 344, pág. 373.

¹⁸⁰ Castellanos Tena, op. cit. pág. 176.

¹⁸¹ Op. cit. pág. 176.

Porte Petit,¹⁸² considera que: los elementos normativos son dos: A) elementos con valoración jurídica y B) elementos con valoración cultural.

“Existen elementos con valoración jurídica, cuando la ley dice: “cosa ajena” (art. 367); funcionario (art. 189) ... “documento público” (art. 243) ..”bien mueble” (art. 367) ..”¹⁸³ .

“Estamos frente a un elemento normativo con valoración cultural, cuando el Código expresa: . ultraje a la moral pública o a las buenas costumbres” (Cap. I, del título octavo)”¹⁸⁴ .

“Por excepción, algunos tipos captan una especial antijuricidad, por ejemplo: en el artículo 285 del Código Penal (allanamiento de morada) al señalar en la descripción que el comportamiento se efectúe “sin motivo justificado”, “fuera de los casos en que la ley lo permita”. Entonces al obrar justificadamente, con la permisión legal, no se colma el tipo y las causas que en otros delitos serían, por su naturaleza, causas de justificación, tórnase atipicidades en estos casos”¹⁸⁵ Porte Petit, escribe: “ ... En primer lugar forma parte del tipo, el presupuesto del delito, originando su ausencia, una atipicidad”¹⁸⁶ . Sobre los presupuestos del delito, escribe Castellanos Tena afirma: “los presupuestos son considerados por los autores como las circunstancias jurídicas o de hecho, cuya existencia debe ser previa a la realización del delito. Los presupuestos son clasificados en general y especiales. Son generales cuando necesariamente deben concurrir para la configuración de cualquier delito, pues su ausencia implica la imposibilidad de

¹⁸² Op. cit. pág. 345.

¹⁸³ Porte petit, op. cit. pág. 345.

¹⁸⁴ Porte petit, op. cit. pág. 345 y 346.

¹⁸⁵ Op. cit. pag. 176.

¹⁸⁶ Op. cit. pag. 341.

integrarlo; mencionan como tales a la norma penal, al sujeto activo, al pasivo y al bien jurídico. Los presupuestos especiales son condicionantes de la existencia de un delito concreto, su ausencia puede originar la no aparición del delito, como la falta de preñez para la comisión del aborto; o bien el cambio del tipo delictivo, por ejemplo: la ausencia de relación de parentesco en el parricidio, que ubica el hecho en el tipo de homicidio¹⁸⁷.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación dice: "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"¹⁸⁸.

La dogmática penal, establece que el tipo -en sentido amplio- contiene presupuestos y elementos objetivos, referencias temporales, espaciales e instrumentales, datos subjetivos y normativos, y precisiones sobre los sujetos activo y pasivo y acerca del objeto, todos repercuten sobre el proceso -lógico y judicial- de tipificación, e influyen en la comprobación del cuerpo del delito (elementos del tipo penal¹⁸⁹) y la clasificación de hechos¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Op. cit. pag. 134.

¹⁸⁸ Semanario Judicial de la Federación, CXIX, pag. 2887, Ed. Sexta época, segunda parte, México, D.F.

¹⁸⁹ Ver las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución General de la República (Decreto publicado en el Diario Oficial del 3 de septiembre de 1993, en vigor al día siguiente).

¹⁹⁰ Derecho Penal. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (50 años, 1940-1990); México, 1990, pág. 56 y 57.

2.3. LA ANTIJURICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO.

2.3.1. Antijuricidad.

2.3.1.1. Aspectos Generales. Su definición.

“El delito es conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa; precisa, que sea típica, antijurídica y culpable.

“La antijuricidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe la dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho”¹⁹¹ .

“La idea general del delito es la violación o abandono de la ley, porque ningún acto del hombre puede serle imputable, si no lo prohíbe una ley. Un acto se convierte en delito sólo cuando viola la ley; puede un acto puede ser dañoso, malvado; pero si la ley no lo prohíbe, no es dado reprocharlo como delito a quien lo ejecuta”¹⁹² . “La idea de delito es una idea de relación, la contradicción entre el hecho del hombre y la ley”¹⁹³ .

Para Javier Alba Muñoz “actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del poder”¹⁹⁴ .

La Antijuricidad o ilicitud significa contradicción entre el comportamiento y la norma; es decir, “disvalor” de la conducta frente a la cultura en un medio y

¹⁹¹ Castellanos Tena, op. cit. pag. 177.

¹⁹² Carrera Francesco, op. cit. pag. 45.

¹⁹³ Ibídem, pag. 50 y 51.

¹⁹⁴ Op. cit. pag. 177.

una época determinada. Existe una cultura con sus componentes éticos que exige cierta conducta: la valora como plausible; y rechaza otra: la califica de "ilícita", "injusta"; delictiva"¹⁹⁵.

Porte Petit afirma: "En primer término debe existir el tipo descrito en la ley; después la conformidad o adecuación al tipo, y que la conducta o hecho sean antijurídicos"¹⁹⁶.

"La antijuridicidad es un aspecto relevante del delito; de tal importancia que para algunos estudiosos no es un mero carácter o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza"¹⁹⁷.

"La acción para ser delictiva ha de estar en oposición con una norma penal que prohíba u ordene su ejecución, ha de ser contraria a la norma. La antijuridicidad presupone una valoración entre la conducta humana y la norma penal, juicio que recae sobre la acción realizada excluyendo la valoración subjetiva; por lo cual la antijuridicidad tiene carácter objetivo"¹⁹⁸.

"El delito es una disonancia armónica, ya que la noción de delito tiene necesidad de dos bases. Una es la conducta hecho del hombre contrario al ordenamiento jurídico, y en ello está la disonancia en el reino del derecho. Pero frente a esa acción, surge la ley que lo prohíbe, amenaza con represión, imputa como delito, con el fin de restablecer la armonía social. Al construir la noción del delito, por necesidad ontológica, sobre el antagonismo del hecho con la ley y de la ley con el hecho, el conjunto de estas dos ideas que constituyen en ente

¹⁹⁵ Op. cit. pag. 57.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pag. 373.

¹⁹⁷ Cuello Calón, op. cit. pag. 362.

¹⁹⁸ Op. cit. pag. 362.

jurídico del delito puede ser calificado, con toda exactitud, como una disonancia armónica en el campo del derecho. Un ente que resulta de un estado de contradicción no puede designarse sino con una fórmula contradictoria, y la fórmula contradictoria no es errónea, sino exacta”¹⁹⁹ .

“Nadie ha expresado con más elegancia que Carrara, ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al derecho, cuando dice: el delito es una “disonancia armónica”; en la frase se expresa de modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora”²⁰⁰ .

“En el lenguaje jurídico penal los términos antijurídico, injusto e ilícito han venido siendo empleados indistintamente, dándoseles idéntica significación conceptual”²⁰¹ .

Mezger dice: “una acción es punible sólo si es antijurídica. La antijuricidad o como se acostumbra decir en la actualidad, el injusto, es el presupuesto imprescindible de todo hecho punible. Antes, el término más usado era “antijuricidad”, que significa que el delito constituye una violación al derecho; “contradice al derecho”. Hoy, en virtud de la aversión que se tiene a conceptos rigurosos y cierta predilección por expresiones más vagas, se prefiere emplear la palabra injusto (literalmente: no derecho: “Unrecht”), que determina el concepto, con menor exactitud que la otra. Emplearemos ambas expresiones (antijuricidad e injusto) como sinónimas”²⁰² .

¹⁹⁹ Carrara, Francesco, op. cit. pag. 51.

²⁰⁰ Soler, Sebastián, op. cit. pag. 344.

²⁰¹ Pavón Vasconcelos, op. cit. pag. 291.

²⁰² Op. cit. pag. 131.

" ... Antijuricidad (injusto) significa: el juicio impersonal -objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico ... "203 .

"El juicio de antijuricidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuricidad es objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa"204 .

"Una conducta es antijurídica, ya que requiere un juicio de valor, una estimación entre esa acción en su fase material y la escala de valores del Estado"205 .

"En general los juristas se muestran conformes en que la antijuricidad es un desvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del derecho"206 .

" ... La antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo ; Reinhart Maurach expresa que los mandatos y prohibiciones de la Ley Penal "rodean, protegen y salvaguardan, el bien jurídico"207 .

203 Mezger, Edmund, op. cit. pag. 131.

204 Op. cit. pag. 178.

205 Castellanos Tena, op. cit. pag. 178.

206 Op. cit. pag. 295.

207 Castellanos Tena, op. cit. pag. 178.

2.3.1.2. Criterios Objetivos y Subjetivos²⁰⁸ .

CRITERIO OBJETIVO.- Franco y Guzmán afirma: "para calificar un hecho como delito, debe prescindirse de todo elemento subjetivo"²⁰⁹ .

"Sostenemos la existencia de la antijuricidad como elemento del delito, con naturaleza objetiva, hablamos de un aspecto objetivo de la ilicitud, que por consiguiente, es la nota conceptual más importante del delito. Se admite que la culpabilidad sea el aspecto subjetivo de la ilicitud"²¹⁰ .

CRITERIO SUBJETIVO.- "La corriente subjetiva de la antijuricidad que tiene en Hold Von Ferneck a uno de sus exponentes, encuentra la esencia de la antijuricidad en una especie de contradicción subjetiva entre el hecho humano y la norma"²¹¹ .

"Este modo equivale a fundir, en un solo concepto, los elementos de antijuricidad y culpabilidad"²¹² .

Nos adherimos (exclusivamente al sistema causalista de la teoría del delito), al criterio objetivo del delito)²¹³ , al criterio objetivo la antijuricidad ya que la postura subjetiva es culpabilidad; Castellanos Tena señala: "el juicio de la antijuricidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso

²⁰⁸ Hans Welzel, Edmund Mezger (alemanes). Luis Jiménez de Asúa, Eugenio Cuello Calón (españoles). Fernando Castellanos Tena, Francisco Pavón Vasconcelos, Ignacio Villalobos, Ricardo Franco y Guzmán son partidarios del criterio objetivo. Petrocelli, Francesco Antolisei (italianos) se muestran partidarios del criterio subjetivo.

²⁰⁹ La subjetividad en la licitud, Ed. Cajica, 1959, citado por Pavón Vasconcelos, op. cit. pag. 297 y 298.

²¹⁰ Op. cit. pag. 33, citado por Pavón Vasconcelos, op. cit. pag. 297 y 298.

²¹¹ Op. cit. pag. 298.

²¹² Pavón Vasconcelos, op. cit. pag. 299.

²¹³ El sistema Finalista de la teoría del delito, en lo que se refiere al aspecto negativo de la antijuricidad (causas de justificación) tiene 2 elementos: objetivo y subjetivo.

psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuricidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa"²¹⁴.

2.3.1.3. Tesis de Carlos Binding y de Max Ernesto Mayer.

LA ANTIJURICIDAD SEGÚN CARLOS BINDING.- "De los más sagaces juristas de Alemania Carlos Binding, que en 1872 expuso en su obra "Die Narmen und ihre Ubertretung", con una afirmación desconcertante"²¹⁵.

"Era frecuente escuchar que el delito es "lo contrario a la ley". Así, Carrara la definía como: "la infracción de la ley del Estado". Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal. En efecto: ¿Qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro? estar de acuerdo con el artículo pertinente de un Código Penal. Igual acaece con el que roba. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley: El Decálogo es un libro de normas: "no matarás", "no robaras". Si se mata o se roba, se quebranta la norma; más no la ley. Por eso Binding decía: "la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe". La disposición penal se compone del "precepto", que describe y define el acto o la omisión, y la "sanción", que determina la pena con que el hecho está conminado"²¹⁶.

LA ANTIJURICIDAD SEGÚN MAX ERNESTO MAYER.- Mayer concluye que el orden jurídico es un orden de cultura y como infracción de las normas de cultura concibe lo antijurídico. La sociedad es una comunidad de intereses que

²¹⁴ Op. cit. pag. 178.

²¹⁵ Jiménez de Asua, Luis, op. cit. pag. 269.

²¹⁶ Op. cit. pag. 269.

tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son ordenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. "Es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado"²¹⁷ .

Para Mayer la norma cultural comprende: costumbres, valoraciones, sentimientos patrios y religiosos²¹⁸ .

La crítica en torno a las Tesis de Binding y de Mayer, por Castellanos Tena es la siguiente: "Si observamos que lo antijurídico aparece aun cuando no se contradigan las normas, se derrumban las tesis de Binding y de Mayer. Tal ocurre si se infringe un precepto jurídico no correspondiente al sentir de la colectividad (violación a una ley antireligiosa en un pueblo eminentemente creyente). Verbigracia: una ley que prohibiera penalmente el saludo en la vía pública; los infractores realizarían una conducta antijurídica en nada violatoria a las normas de cultura. Por otra parte Mayer explica: si la antijuricidad consiste en la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado y no a todas, la antijuricidad no es sino oposición objetiva al Derecho, sin ser exacto que toda conducta antijurídica viole las normas; puede haber actos formalmente antijurídicos que no infringen los valores colectivos. Ocurre que Binding y Mayer presintieron el doble contenido de la antijuricidad: formal y material"²¹⁹ .

"Ignacio Villalobos, escribe: El Derecho Penal no se limita a imponer penas; como guardián del orden es él mismo el que señala los actos que deben reprimirse y, por eso, es incuestionable que lleva implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición que es lo substancial y lo que resulta violado por el

²¹⁷ Ibidem, pag. 275 y 276.

²¹⁸ Castellanos Tena, op. cit. pag. 179.

²¹⁹ Op. cit. pag. 179 y 180.

delincuente. Cuando la ley conmina una sanción a los homicidas y a los ladrones debemos entender que prohíbe el homicidio y el robo y resulta sutil y formalista pretender que quien se apodera de lo ajeno no cumple con la ley o se ajusta a ella²²⁰ .

2.3.1.4. Antijuricidad Formal y Material.

“Franz Von Liszt desarrollo una estructura dualista de la antijuricidad, la cual establece una diferencia esencial entre lo antijurídico formal y lo antijurídico material. La acción es contraria al Derecho, cuanto constituye una transgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico; desde un punto de vista material la acción es antijurídica cuando resulta contraria a la sociedad ²²¹

“Castellanos Tena apunta: Lo antijurídico entraña un juicio contrario, pero nada impide percibir dos aspectos ... ²²² .

2.3.2. Causas de Licitud.

2.3.2.1. Generalidades.

Una conducta típica es antijurídica, cuando no esta protegida por una causa de justificación. “Castellanos Tena escribe: que la conducta típica este en aparente oposición al Derecho y sin embargo, no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación²²³ .

²²⁰ Derecho Penal Mexicano, 2da. edición, Porrúa, 1960, citado por Castellanos Tena, op. cit. pag. 180.

²²¹ Pavón Vasconcelos, op. cit. pag. 310.

²²² Op. cit. pag. 180.

²²³ Op. cit. pag. 181.

Las causas de justificación o de licitud, "son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuricidad de una conducta típica"²²⁴ .

Sebastián Soler, afirma: " ... será ilícito el hecho típico toda vez que en él no medie ninguna causa de justificación .."²²⁵ .

"Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad"²²⁶ . "Los juristas denominan a las causas de licitud de diferente manera, utilizando generalmente la expresión "causas de justificación", o bien, "causas de exclusión de lo injusto"²²⁷ .

Preferimos el término causas de licitud si la conducta realizada por un sujeto, es lícita, no debe hablarse de que esté justificada; desde su nacimiento está facultada, permitida, es conforme a derecho"²²⁸ .

2.3.2.2. Diferencia con otras eximentes:

Las causas que excluyen el delito ²²⁹ son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de Inimputabilidad y causas de inculpabilidad"²³⁰ .

²²⁴ Castellanos Tena, op. cit. pag. 183.

²²⁵ Op. cit. pag. 347.

²²⁶ Op. cit. pag. 385

²²⁷ Porte Petit, op. cit. pag. 385.

²²⁸ Op. cit. pag. 385 y 386.

²²⁹ Nuestro Código Penal (antes de la Reforma publicada el 10 de enero de 1994, en vigor el primero de febrero del mismo año), usaba en el artículo 15 la expresión; "circunstancias excluyentes de responsabilidad penal.

²³⁰ Castellanos Tena, op. cit. pag. 184.

“Las justificantes se confunden con otras eximentes. Exponemos un cuadro comparativo:

CARACTERISTICAS	
CAUSAS DE JUSTIFICACION ²³¹	OTRAS EXIMENTES DE NATURALEZA SUBJETIVA
<p>Son de naturaleza objetiva.</p> <p>Se refiere al hecho, no al sujeto (impersonales).</p> <p>Por cuanto que son objetivas favorecen a cuantos intervienen, quienes en últimas instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica acorde con el Derecho.</p> <p>Por ser la conducta conforme al Derecho, no acarrea ninguna consecuencia, ni civil ni penal.</p>	<p>Son de naturaleza subjetiva, miran el aspecto personal del autor.</p> <p>No aprovechan a todos los coparticipantes.</p> <p>Son de naturaleza personal e intransitiva.</p> <p>Cuando son personales, si bien no dan lugar a incriminación, si puede ser procedente la responsabilidad o reparación civil.</p>

Nuestro Código Penal (antes de la Reforma publicada el 10 de enero de 1994, en vigor el primero de febrero del mismo año), usaba en el artículo 15 la expresión “circunstancias excluyentes de responsabilidad penal”.

Huelga hacer notar que en el sistema finalista de la teoría del delito, las causas de justificación contienen un elemento objetivo y otro subjetivo.

2.3.2.3. Las Excluyentes Supralegales.

“Las eximentes de responsabilidad que omite la ley les llama “Supralegales”; sólo operan dogmáticamente, es decir del ordenamiento positivo; la doctrina designa las causas que impiden la configuración del delito y que la ley enuncia en forma específica”²³² .

²³¹ En el sistema finalista de la teoría del delito, las causas de justificación contienen un elemento objetivo y otro subjetivo.

²³² Op. cit. pag. 185.

2.3.2.4. Razón de ser de las Causas de Licitud.

“El doble carácter (material y formal) de la antijuricidad, puede ser eliminado por declaración expresa del legislador. El Estado excluye la antijuricidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el Derecho opta por la conservación del más valioso. Para Edmundo Mezger la exclusión de antijuricidad se funda: a) en la ausencia de interés y, b) en función del interés preponderante”²³³ .

A) Ausencia de interés: “Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar el delito no sólo intereses individuales, sino que también quebranta la armonía colectiva; pero ocasionalmente el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular (propiedad permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual); entonces si cobra vigor el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales derechos. Por excepción se acepta la eficacia del consentimiento presunta para excluir la antijuricidad, en aquellos casos en donde resulta lógico y conveniente suponerlo”²³⁴ .

a) Consentimiento del ofendido Ausencia de interés.

b) Consentimiento presunto del ofendido

²³³ Castellanos Tena, op. cit. pag. 186 y 187.

²³⁴ Castellanos Tena, op. cit. pag. 187 y 188.

B) Interés preponderante: "Cuando hay dos intereses incompatibles, el derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del interés preponderante"²³⁵.

Interés preponderante²³⁶.

- a) Legítima defensa o defensa legítima.
- b) Estado de necesidad (si el bien salvado es de más valía que el sacrificado).
- c) Cumplimiento de un deber.
- d) Ejercicio de un derecho.

2.3.3. Las Causas de Licitud.

2.3.3.1. La legítima defensa o defensa legítima:

2.3.3.1.1. Concepto y Elementos.

"Es repulsa la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y

²³⁵ Castellanos Tena, op. cit. pag. 188 y 189.

²³⁶ Actualmente el artículo 15 (Reformado por el Artículo primero del Derecho publicado en "Diario Oficial" de 10 de enero de 1994, en vigor el primero de febrero del mismo año) dice respecto a la ausencia de interés:

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I. ...

II. ...

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y,

c) Que en consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo".

dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla”²³⁷ .

Castellanos Tena, define la legítima defensa como: “repulsa de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección”²³⁸ .

Franz Bon Liszt, considera a la defensa legítima como: “defensa que se estima necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho, por medio de una lesión contra el agresor”²³⁹ .

El núcleo del concepto de la legítima defensa está contenido en la fórmula que dice: “Defensa necesaria es aquella que es requerida para rechazar un ataque actual e injusto, dirigido contra el que se defiende o contra un tercero (c.p. alemán, art. 53, fracción II)”²⁴⁰ .

Los elementos de la defensa legítima son: a) una agresión injusta y actual; b) un peligro inminente de daño, derivado de la agresión, sobre bienes jurídicamente tutelados; y, c) repulsa de dicha agresión”²⁴¹ .

Derecho Positivo Mexicano:

²³⁷ Jiménez de Asua, Luis, op. cit. pag. 289.

²³⁸ Op. cit. pag. 191 y 192.

²³⁹ Tratando de derecho Penal, tomo II, tercera edición, Madrid, Instituto Ed. Reus, Traducido de la 20a. edición alemana, por Luis Jiménez de Asua, pag. 329.

²⁴⁰ Carranca y Trujillo Raúl y Carranca y Rivas Raúl. Código Penal anotado, Ed. Porrúa, S.A., México, 1993, pag. 86.

²⁴¹ Castellanos Tena, op. cit. pag. 194.

Texto del Artículo 15 fracción III, del Código Penal (antes de la Reforma publicada el 10 de enero de 1994):

"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I. ...

II. ...

III. 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.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquel que cause un daño a quien a través de la violencia del escalamiento o por cualquier medio, trate de penetrar sin derecho, a sitio donde se encuentren 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".

Texto del Artículo 15, fracción IV, del Código Penal Vigente (Reforma publicada en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994, en vigor el primero de febrero del mismo año):

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I. ...

II. ...

III. ...

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista una necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima ²⁴², salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

"Repeler es rechazar, evitar, impedir, no querer algo"²⁴³.

Agresión es la "conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos... ha de ser real no hipotética o imaginaria; debe ser actual o inminente, es decir, presente o muy próxima"²⁴⁴.

²⁴² "La presunción de Legítima defensa es iuris tantum, es decir, puede admitir prueba en contrario.

²⁴³ Castellanos Tena, op. cit. pag. 194.

²⁴⁴ Op. cit. pag. 194.

El artículo 17 (de la Constitución General de la República), proscribire en forma terminante la autojusticia, ²⁴⁵ Castellanos Tena apunta: "si la agresión ya se consumó no existirá la defensa legítima, sino una venganza privada.." ²⁴⁶ .

"No basta una agresión real actual o inminente, precisa también que sea injusta, sin derecho; esto es; antijurídica : ²⁴⁷ "

"Dicha agresión ha de amenazar bienes jurídicamente tutelados, propios o ajenos" ²⁴⁸ .

Que exista necesidad de la defensa, racionalidad de los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende" ²⁴⁹ .

Las presunciones de defensa legítima se encuentran contenidas en el párrafo segundo, de la fracción IV, del artículo 15, del Código Penal Vigente ²⁵⁰ .

Castellanos Tena al comentar la Reforma al Artículo 15 (en lo que se refiere a la Defensa Legítima), dice: " la nueva fórmula genérica sólo destaca la necesidad de la defensa, la racionalidad de los medios empleados y la no provocación dolosa suficiente e inmediata" ²⁵¹ .

²⁴⁵ Ibidem, pag. 59.

²⁴⁶ Castellanos Tena, pag. 194.

²⁴⁷ Op. cit. pag. 195.

²⁴⁸ Ibidem, pag. 195.

²⁴⁹ Castellanos Tena, op. cit. pag. 195.

²⁵⁰ Penal Practica, Código Penal para el D. F. En materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, Ediciones Andrade, S. A. de C. V., México, 1994, pag. 6.

²⁵¹ Op. cit. pag. 195.

Problemática. "En la vida real no siempre se produce una conducta lisa y llanamente repulsiva de una injusta agresión .."²⁵² .

- a) "¿Riña y legítima defensa?
- b) ¿Legítima defensa recíproca?
- c) ¿Legítima defensa contra exceso en la legítima defensa?
- d) ¿Legítima defensa inimputable?
- e) ¿Legítima defensa contra la agresión de un inimputable?"²⁵³ .

La defensa legítima no opera en la riña ²⁵⁴ ; los rijosos se hallan involucrados en una situación antijurídica. para que exista legítima defensa en necesaria una conducta lícita frente a una ilícita.

No coexisten dos legítimas defensas (legítima defensa recíproca), requiere, por un lado una agresión sin derecho, y por el otro una reacción lícita, Porte Petit dice: "no puede darse... para que ocurriera, sería indispensable la existencia en ambas partes de una conducta jurídica frente a una conducta antijurídica, lo cual es irrealizable"²⁵⁵ .

"Giuseppe Maggiore sostiene: que todo exceso en la defensa constituye una nueva ofensa injusta y puede dar lugar a otra legítima defensa"²⁵⁶ .

²⁵² Op. cit. pag. 201.

²⁵³ Pavón Vasconcelos, op. cit. pag. 323.

²⁵⁴ El artículo 314 del Código Penal Vigente para el D.F. dice que: "Por riña se entiende para todos los efectos penales, la contienda de obra y no la de palabra, entre dos o más personas".

²⁵⁵ Op. cit. pag. 522.

²⁵⁶ Castellanos Tena, op. cit. pag. 201.

“De la naturaleza objetiva de la antijuricidad, es admisible la defensa legítima de parte de quien se encuentra bajo un trastorno mental, transitorio o permanente; pues su conducta debe ser valorada objetivamente y darle en su caso, el calificativo de justa, en razón de la agresión antijurídica que se repele”²⁵⁷. “Los menores de dieciocho años han quedado al margen de las Leyes Penales, carece de interés estudiar si su conducta, puede o no justificarse en función de la legítima defensa...”²⁵⁸.

“Aún cuando la conducta del inimputable no es culpable por faltarle las capacidades de conocimiento y voluntad, puede en cambio ser antijurídica (la antijuricidad es objetiva) y da lugar a una reacción defensiva legítima”²⁵⁹.

Para el sistema (finalista), la conducta inimputable puede ser dolosa o culpable (tipo subjetivo, aunque no sea culpable, por faltar el primero de los elementos sobre los que descansa el juicio de reproche: la capacidad de culpabilidad (imputabilidad).

2.3.3.2. El Estado de Necesidad:

2.3.3.2.1. Concepto y Elementos:

“Para Von Liszt el estado de necesidad es: “una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses del otro, jurídicamente protegidos; es, un caso de colisión de intereses”²⁶⁰.

²⁵⁷ Op. cit. pag. 202.

²⁵⁸ Ibidem, pag. 202.

²⁵⁹ Ibidem, pag. 202.

²⁶⁰ Op. cit. pag. 370.

"Queda a la doctrina precisar cuándo se trata de una exclusión de ilicitud, y cuando de culpabilidad. El punto no es irrelevante: la justificación del comportamiento elimina el deber de reparar el daño (salvo que subsista un factor autónomo de ilicitud civil). Se entiende que hay justificación cuando se sacrifica un bien de menor entidad en aras del de mayor jerarquía: *verbi gratia*, el daño patrimonial para preservar la vida. En cambio, hay inculpabilidad cuando se sacrifica un bien de la misma jerarquía jurídica que el favorecido: así, para salvar la propia vida se destruye la vida ajena"²⁶¹.

"Relacionado intrínsecamente con la legítima defensa, el estado de necesidad se diferencia de ella en que constituye en sí misma una acción o ataque, mientras que la defensa legítima es una reacción contra el ataque; Denominado "ataque legitimado" (Gautier), por oposición a la legítima defensa o contra ataque (Moriaud)"²⁶². "En el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente, en la defensa legítima recae sobre bienes de un injusto agresor"²⁶³.

Castellanos Tena indica de tales diferencias, lo siguiente: a) en la legítima defensa hay agresión, mientras en el estado de necesidad hay ausencia de ella (no debe confundirse el ataque de un bien con su agresión); y b) la legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés legítimo (la agresión) y otro lícito (la reacción, contra ataque o defensa); en el estado de necesidad no existe lucha sino un conflicto entre intereses legítimos ²⁶⁴.

²⁶¹ Op. cit. pag. 60.

²⁶² Op. cit. pag. 569 y 570.

²⁶³ Carranca y Trujillo, op. cit. tomo II, 4a. edición, citado por Castellanos Tena, op. cit. pag. 206.

²⁶⁴ Op. cit. pag. 206.

Elementos del estado de necesidad (según Castellanos Tena)²⁶⁵.

- a) Una situación de peligro, real, actual o inminente;
- b) Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente;
- c) Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno)
- d) Un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y,
- e) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente".

En el Derecho Positivo Mexicano:

Texto del Artículo 15, fracción IV, del Código Penal (antes de la Reforma publicada el 10 de enero de 1994).

"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I. ...

II. ...

III. ...

IV. 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 tuviere el deber

²⁶⁵ Op. cit. pag. 206.

jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance”.

Texto del artículo 15, fracción V, del Código Penal Vigente (Reforma publicada en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994, en vigor el primero de febrero del mismo año):

“Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I. ...

II. ...

III. ...

IV. ...

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasiona dolosamente por el agente lesionado de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo”.

“Estos requisitos son idénticos o semejantes a los de la legítima defensa.

El deber jurídico de afrontar el peligro, debe hallarse previsto en la norma. Por ejemplo el policía: ha de afrontar el peligro que implica un enfrentamiento con delincuentes. Un particular: no tiene ese deber y por ello puede invocar a su favor el estado de necesidad”²⁶⁶ .

²⁶⁶ Op. cit. pag. 60.

Casos particulares del estado de necesidad:

CASOS PARTICULARES DE Aborto terapéutico (art. 334 del CPV)

ESTADO DE NECESIDAD Robo de famélico (art. 379 del CPV)

Aborto terapéutico: El aborto terapéutico, previsto en el artículo 334 del Código Penal Vigente para el D.F., consiste en la no aplicación de sanción alguna, cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asiste oyendo éste la opinión de otro médico, siempre que esto fuere posible y no resultara peligrosa la demora.

Textualmente el artículo 334, del Código Penal dice:

“Artículo 334.- No se aplicará sanción cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo este el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora”.

“La redacción del precepto hace pensar a algunos especialistas, que se trata de una verdadera excusa absolutoria donde subsiste el delito y la pena no se aplica, pues el legislador usa la frase “no se aplicará sanción”; sin embargo, el artículo es confuso, por su contenido; concluimos que constituye una causa de justificación y no una simple excusa”²⁶⁷ .

Robo de famélico: “En el robo de famélico, la ley descamina un caso específico de estado de necesidad. El artículo 379 dispone: “no se castigará al

²⁶⁷ Op. cit. pag. 208.

que, sin emplear engaño, ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento". El robo ocurre en estado de necesidad cuando hay nuevos apoderamientos para satisfacer la misma necesidad, opera la excluyente de la fracción IV (actualmente fracción V) del artículo 15²⁶⁸ .

"La redacción del artículo 379 exige algunas precisiones. La cantidad y calidad de los objetos sustraídos se reducen a lo "estrictamente indispensable". No está, en cambio, la naturaleza de la necesidad personal o familiar cuya satisfacción procura el "famélico". Sólo trata los de subsistencia; alimentos, curarse, por ejemplo; no así otras necesidades de carácter secundario. Dar mayor extensión al concepto de necesidad, vería legitimada conductas inadmisibles"²⁶⁹ .

2.3.3.3. Cumplimiento de un Deber y Ejercicio de un Derecho.

El artículo 15, fracción V, del Código Penal (antes de la Reforma publicada el 10 de enero de 1994):

"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I. ...

II. ...

III. ...

IV. ...

V. Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que

²⁶⁸ García Ramírez, op. cit. pag. 60 y 61.

²⁶⁹ Op. cit. pag. 61.

exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho”.

El artículo 15, fracción VI, del Código Penal Vigente (Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1994, en vigor el primero de febrero del mismo año):

”Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I. ...

II. ...

III. ...

IV. ...

V. ...

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro”.

Se trata de obligación o facultad en el sentido jurídico: normativamente previstas. La excluyente está en la necesidad racional del medio empleado. Cumple su deber de policía que para capturar al delincuente, intentándolo lícitamente (v. gr. en flagrancia o con orden de captura), debe golpearlo o herirlo para anular su resistencia. Obra en ejercicio de un derecho el boxeador que golpea (e incluso lesiona; el Knock out, es por naturaleza, una lesión; alteración en el estado de salud, que se causa deliberadamente) a su adversario.

También, el médico que lesiona (la incisión quirúrgica, es una lesión: afecta la salud, altera la integridad física) para extraer un tumor y preservar la vida"²⁷⁰.

"Las lesiones inferidas en el ejercicio del Derecho de corregir", Castellanos Tena escribe: "De manera específica, nuestro Código reglamentaba esta eximente en el artículo 294 en relación con el 289; establecía que las lesiones inferidas por quienes ejercieran la patria potestad o la tutela y en ejercicio del Derecho de corregir, no serían punibles si fueran de las comprendidas en la parte primera del artículo 289 (que tarden en sanar menos de quince días y no pongan en peligro la vida), y además, el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia"²⁷¹. "Funcionaba como causa de justificación. El Código Civil del Distrito Federal impone a quienes ejercen la patria potestad o la tutela, la obligación de educar y corregir a sus hijos o pupilos (arts. 422 y 423)".²⁷² Castellanos Tena concluye: "Afortunadamente la reforma al Código Penal derogó el anacrónico precepto 294"²⁷³, por lo que de conformidad con la ley represiva en vigor, ya no es excluyente de responsabilidad, a pretexto del ejercicio del derecho de corregir, lesionar a los niños; antes bien, el artículo 295 dispone: "Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos"²⁷⁴.

2.3.3.4 Impedimento legítimo: Antes de la Reforma al artículo 15, del Código Penal para el D. F., (publicada en el Diario Oficial del 10 de enero de

²⁷⁰ García Ramírez, op. cit. pag. 61.

²⁷¹ Op. cit. pag. 213.

²⁷² *Ibidem*, cit. pag. 214.

²⁷³ Derogado (Diario Oficial, 13 de enero de 1984). Código

²⁷⁴ *Ibidem*, pag: 214.

1994) su fracción VIII, establecía como “circunstancia excluyente de responsabilidad penal”:

“VIII.- Contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo”.

“De conformidad con las reformas ... publicadas en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994, quedo suprimida la excluyente por impedimento legítimo.²⁷⁵ .. La regulación en el Código Penal del impedimento legítimo carece de razón, según Jiménez Huerta, por tener cabida en la fórmula del estado de necesidad”²⁷⁶ .

“Con motivo de la Reforma Penal publicada en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994, la obediencia jerárquica no figura entre las causas de exclusión del delito; la hipótesis de error del subordinado queda comprendida en la nueva fracción VIII, del artículo 15; la relativa a la actuación del inferior para evitar graves consecuencias, hará operar una no exigibilidad de otra conducta (fracción IX); cuando se obedezca la orden por cumplimiento del deber de obediencia, el caso encuadra en la amplia fórmula de la fracción VI, de dicho precepto”²⁷⁷ .

2.3.3.5. Consentimiento del Interesado:

Ver capítulo tercero, inciso B, en el número 4 “Razón de ser de las Causas de licitud” principio de ausencia de interés.

²⁷⁵ Castellanos Tena, op. cit. pag. 215.

²⁷⁶ Citado por Castellanos Tena, op. cit. pag. 216.

²⁷⁷ Op. cit. pag. 267.

Coincidimos con el Dr. Ricardo Franco Guzmán, que las causas de licitud son dos: ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber. El primero incluye a la defensa legítima, estado de necesidad y ejercicio de un derecho (*strictu sensu*). El segundo incluye al estado de necesidad en algunos casos y al cumplimiento de un deber (*strictu sensu*)²⁷⁸.

2.3.4. El Exceso en las Causas de Licitud:

El artículo 16 del Código Penal Vigente para el Distrito Federal (Reformado por el artículo primero del Decreto del 30 de diciembre de 1983, publicado en "Diario Oficial" del 13 de enero de 1984, después reformado por el Artículo primero del Decreto publicado en "Diario Oficial" de 10 de enero de 1994, en vigor el primero de febrero del mismo año)²⁷⁹ dice:

"Artículo 16.- Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber a que se refieren las fracciones IV, V, VI, del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo".

Conforme al artículo 16, afirmamos cuando el sujeto activo rebasa los límites de la licitud de su conducta, nace un delito; la causa de licitud excluye la antijuricidad del comportamiento, el exceso integra un delito.

²⁷⁸ Apuntes, Postrado en Derecho de la UNAM, 1992.

²⁷⁹ Penal Practica, Código Penal para el Distrito Federal, en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, ediciones Andrade, S.A. de C.V., México, 1994, pag. 8.

2.4. LA IMPUTABILIDAD DE UN DELITO.

2.4.1. La Imputabilidad.

2.4.1.1. Generalidades y concepto:

“Conviene advertir que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, o si se quiere, del delito, pero no un elemento del mismo”²⁸⁰ .

“Los elementos esenciales del delito son; conducta, tipicidad, antijuricidad (antijuricidad) y culpabilidad, ésta última, requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario. Para la teoría finalista (o final de la acción), la imputabilidad, concebida como capacidad de culpabilidad, constituye no un presupuesto de ésta, sino el primero de sus elementos sobre los que reposa el juicio de reprochabilidad. (Cfr. Hans Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal, Volumen I, pág. 595, Bosch, Barcelona, 1981)”²⁸¹ .

“Podemos definir a la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal”²⁸² .

“La imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo”²⁸³ .

²⁸⁰ Castellanos Tena, op. cit. pag. 130.

²⁸¹ Op. cit. pag. 132.

²⁸² Ibídem, pag. 218.

²⁸³ Ibídem, pag. 218.

Elementos de la imputabilidad.

A) INTELLECTUAL: Capacidad de entender.

B) VOLITIVO: capacidad de querer.

2.4.1.2. La responsabilidad penal:

La responsabilidad penal "es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado"²⁸⁴.

Será imputable todo sujeto que posea un mínimo de condiciones de salud y de desarrollo mental; es responsable el que teniendo esas condiciones, realiza un acto típico del Derecho Penal y que, previamente, por eso contrae la obligación de responder de él ante la sociedad.

2.4.1.3. Imputabilidad Liberae in Causa.

"La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho; en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama "liberae in causa" (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto). Tal es el caso de quien decide cometer homicidio y para darse ánimo bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Existe la imputabilidad; entre el acto voluntario (decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal"²⁸⁵.

²⁸⁴ *Ibidem*, pag. 218.

²⁸⁵ *Ibidem*, pag. 221.

"Nuestra Suprema Corte de Justicia apunta: aun cuando se pruebe que el sujeto se hallaba, al realizar la conducta, en un estado de inconsciencia de sus actos voluntariamente procurado, no se elimina la responsabilidad"²⁸⁶ .

"La última parte de la fracción VIII, del artículo 15 (según la Reforma publicada en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994, en vigor el primero de febrero del mismo año), no considera la exclusión del delito si "...el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico, siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible"²⁸⁷ .

En conclusión: Las "acciones liberae in causa", son las atribuidas a un sujeto imputable, que al momento del acto típico del Derecho Penal, era inimputable.

2.4.2. La Inimputabilidad.

2.4.2.1. Generalidades y concepto.

"La Inimputabilidad es calidad del sujeto referida al desarrollo y la salud mentales; la Inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad"²⁸⁸ .

Al ser la Inimputabilidad el aspecto negativo de la imputabilidad, puede definirse como la incapacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.

²⁸⁶ Ibidem, pag. 222.

²⁸⁷ Ibidem, pag. 222.

²⁸⁸ Op. cit. pag. 223.

2.4.2.2. Causas de Inimputabilidad en el Derecho Positivo Mexicano:

El artículo 15, fracción II, del Código Penal (antes de la Reforma publicada en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994):

"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

I. ...

II. Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente".

El artículo 15, fracción VII, del Código Penal Vigente (Reforma publicada en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994, en vigor el primero de febrero del mismo año):

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I. ...

II. ...

III. ...

IV. ...

V. ...

VI. ...

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esta comprensión,

en virtud de padecer trastornos mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible”.

La capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre disminuida; se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código;

- a) Minoría de edad.
- b) Trastorno mental.
- c) Desarrollo intelectual retardado.
- d) Miedo grave.

2.4.2.3 Minoría de edad.

“Al menor (de dieciocho años en nuestra legislación; se le excluye porque es inimputable; por lo tanto, lo adecuado es designarle un inciso entre las causas de Inimputabilidad, y declararle inimputable, juris et de jure, sin entrar a régimen alguno sobre las medidas que convienen a su tratamiento..”²⁸⁹ .

2.4.2.4. Trastorno mental:

“Consiste en la perturbación de las facultades psíquicas”²⁹⁰ .

²⁸⁹ La imputabilidad en el Derecho Penal Federal Mexicano, ediciones UNAM, 1968, Citado por Castellanos Tena, op. cit. pag. 231. Nota: Este artículo esta derogado, lo utilizamos como referencia.

²⁹⁰ Op. cit. pag. 227.

La ley no distingue entre trastorno mental transitorio y permanente. Lo importante es que en el momento del acto típico penal, el sujeto sufre trastorno mental. En el párrafo segundo de la actual fracción VII, se encuentra la llamada "imputabilidad disminuida".

2.4.2.5. Desarrollo intelectual retardado:

Es una disminución del coeficiente intelectual, y debe ser tal que anule las facultades de querer y entender en el campo del Derecho Penal.

2.4.2.6. Miedo Grave:

"Puede ser causa de inculpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta"²⁹¹.

El artículo 15, fracción VI, del Código Penal (antes de la Reforma publicada en Diario Oficial del 10 de enero de 1994), establecía:

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

I. ...

II. ...

III. ...

IV. ...

V. ...

VI. ...

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito

²⁹¹ Prologo a la primera edición del libro del maestro Castellanos Tena, por Celestino Porte Petit.

de aquél o de conducirse de acuerdo con esta comprensión, en virtud de padecer trastornos mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible”.

“Octavio Vejar Vázquez, expresa: el miedo difiere del temor en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de adentro para afuera y el temor de afuera para adentro”²⁹² .

Con las Reformas publicadas en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994, en vigor el primero de febrero del mismo año, tanto el miedo grave como el temor fundado se han eliminado “ ...por quedar comprendidos en las causas de exclusión del delito a que se refieren las fracciones VII y IX, de dicho precepto”²⁹³ .

2.5. LA CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

2.5.1 La culpabilidad.

Idea general. “La imputabilidad (en sistema causalista), es presupuesto de la culpabilidad y constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal”²⁹⁴ .

“Siguiendo un proceso lógico, una conducta será delictuosa, cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable”²⁹⁵ .

²⁹² Conferencias, 1940. Citado por Castellanos Tena, op. cit. pag. 230.

²⁹³ Op. cit. pag. 230.

²⁹⁴ Castellanos Tena, op. cit. pag. 233.

²⁹⁵ Op. cit. pag. 233.

2.5.1.1. Doctrinas sobre su naturaleza jurídica.

“Las principales doctrinas sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad son: el psicologismo y el normativismo”²⁹⁶.

2.5.1.2. Psicologismo:

Para esta doctrina la culpabilidad es la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, su estudio supone el análisis del la psique del autor, con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado objetivamente delictuoso ²⁹⁷.

2.5.1.3. Normativismo:

“La culpabilidad es un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada”²⁹⁸.

Para el psicologismo la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo, es el juicio de reproche a una motivación del sujeto”²⁹⁹.

²⁹⁶ Ibidem, pag. 234.

²⁹⁷ Fernández Doblado, Luis, Culpabilidad y Error, pag. 24.

²⁹⁸ Op. cit. pag. 235 y 236.

²⁹⁹ Op. cit. pag. 237.

2.5.1.4. Concepto.

La definición de culpabilidad, depende de la doctrina (Psicologista o normativista) a la que se afilie, Celestino Porte Petit la define como: el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto".³⁰⁰ Castellanos Tena crítica la definición de Porte Petit y refiere: Su definición es válida para la culpabilidad a título doloso, no comprende los delitos culposos o no intencionales en los cuales, por su naturaleza, no es posible querer el resultado; se caracterizan por la producción de un suceso no deseado por el agente, ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, pero acaecido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado".³⁰¹ Castellanos Tena afiliado a la doctrina Psicologista, la define como: "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto"³⁰².

Luis Jiménez de Asúa, indica que: En el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica³⁰³.

Raúl Carrancá y Trujillo, opta por la corriente normativa de la culpabilidad, cuando terminantemente expresa: "el fundamento de la culpabilidad está en las condiciones en que determinada conducta es producida, llenado el tipo legal; condiciones que prueben que el hecho mismo es atribuible al sujeto, fue querido por este y amerita un juicio de reproche"³⁰⁴.

³⁰⁰ Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, pag. 49, edición 1954.

³⁰¹ Op. cit. pag. 234.

³⁰² Op. cit. pag. 234.

³⁰³ Op. cit. pag. 352.

³⁰⁴ Op. cit. pag. 432 y 433.

A nuestro parecer Eugenio Cuello Calón, incluye ambas doctrinas: la Psicologista y la normativista; "una acción es culpable cuando a causa de una relación psicológica existente entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste y además serle reprochada. La culpabilidad, más que una relación de causalidad psicológica entre agente y acción, es un juicio de reprobación de la conducta de éste, motivado por su comportamiento contrario a la ley, al ejecutar un hecho que ésta prohíbe ha quebrantado su deber de obedecerla"³⁰⁵.

2.5.1.5. Derecho Positivo Mexicano:

Los artículos 8 y 9, del Código Penal (antes de la Reforma publicada en el Diario Oficial el 10 de enero de 1994):

"Artículo 8.- Los delitos pueden ser:

- I. Intencionales;
- II. No intencionales o de imprudencia; y,
- III. Preterintencionales".

"Artículo 9.- 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, si aquél se produce por imprudencia".

Los artículos 8 y 9 del Código Penal Vigente (Reforma publicada en Diario Oficial del 10 de enero de 1994, en vigor el primero de febrero del mismo año):

³⁰⁵ Op. cit. pag. 423.

"Artículo 8.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente".

"Artículo 9.- Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y;

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previo confiando en que no produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones penales".

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, en la primera: el agente dirige su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, la segunda: cause igual resultado por medio de infringir su deber de cuidado... Ahora, en el Código Penal reformado se excluye la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de la culpabilidad, que antes incluía³⁰⁶.

2.5.1.6. Dolo.

Concepto: Castellanos Tena define: "El dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico"³⁰⁷.

³⁰⁶ Castellanos Tena, op. cit. pag. 37 y 238.

³⁰⁷ Op. cit. pag. 239.

Jiménez de Asúa, escribe: " ... una definición de dolo, diríamos que existe cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica"³⁰⁸ .

Elementos de dolo: "El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional. El elemento ético está constituido por la consciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico"³⁰⁹ .

Formas de dolo: Castellanos Tena, explica las diversas especies de dolo, con el siguiente cuadro sinóptico:

Directo El resultado coincide con el propósito del agente.
(Decide privar de la vida a otro y lo mata).

Indirecto: El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. (Para dar muerte a quien va abordar un avión, coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato).

DOLO

Indeterminado: Intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial. (Anarquista

³⁰⁸ Op. cit. pag. 265.
³⁰⁹ Op. cit. pag. 239.

que lanza bombas).

Eventual: Se desea un resultado delictivo, previniéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. (Incendio de una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones ³¹⁰ .

2.5.1.7. Culpa.

Concepto: Existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por negligencia, imprudencia, o precauciones legalmente exigidas³¹¹ .

Francesco Antolisei al hablar de la culpa, escribe: "el Código, en el artículo 43, define: (El delito) ... es culposo o sin intención, cuando el resultado, aunque haya sido previsto, no es querido por el agente y se produce a causa de negligencia o imprudencia, o por inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o disposiciones"³¹² .

Elementos de la culpa: "Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella es el primer elemento; es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo); en segundo término: esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero, los resultados del acto han de ser preVISIBLES y evitables y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer y no hacer iniciales y el

³¹⁰ Op. cit. pag. 241.

³¹¹ Op. cit. pag. 246.

³¹² Op. cit. pag. 255 y 256.

resultado no querido. (Si el resultado es querido o aceptado, sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de la imputación dolosa”³¹³ .

Especies de culpa: “La culpa se clasifica en consciente, llamada también con representación o previsión e inconsciente, denominada igualmente sin representación o previsión”³¹⁴ .

La culpa es consciente “Cuando el sujeto ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas, a virtud de su acción o de su omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan”³¹⁵ .

Existe culpa inconsciente: “cuando el sujeto no previo el resultado por falta de cuidado, teniendo obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable”³¹⁶ .

Distinción entre culpa consciente y dolo eventual; en ambas hay voluntariedad de la conducta causal y representación del resultado típico; en el dolo eventual se asume indiferencia ante el resultado, se menosprecia en la culpa con previsión no se quiere, antes bien, se abriga la esperanza de que no se producirá”³¹⁷ .

“La culpa, al igual que el dolo, es una actividad contraria al deber, y por lo tanto, reprobable de la voluntad. El sujeto tenía la posibilidad y el deber de ser

³¹³ Castellanos Tena, op. cit. pag. 247.

³¹⁴ Pavón Vasconcelos, op. cit. pag. 412.

³¹⁵ Pavón Vasconcelos, op. cit. pag. 412.

³¹⁶ Op. cit. pag. 413.

³¹⁷ *Ibidem*, pag. 249.

cauto y atento, pero ha actuado con ligereza; ese modo de comportarse justifica la sanción del delito culposo”³¹⁸ .

“La culpa no es un delito autónomo ... es sólo una forma o especie de culpabilidad, pues los delitos se realizan dolosa o culposamente* ... hay quienes pretenden dar autonomía al delito culposo, porque el artículo 60 del código penal establece “En los casos de delitos culposos se impondrá..”³¹⁹ .

“No existe “delito de culpa, sino culpa en el delito ... El dispositivo (artículo 60 del C.P.V.), no se ubica en la parte especial del Código en donde tienen albergue los tipos penales, sino en la parte General; ello demuestra que no constituye un tipo específico con entidad propia”³²⁰ .

CULPABILIDAD	DOLO	elementos	ético volitivo
		formas	Directo Indirecto Indeterminado Eventual
	CULPA	elementos	Conductas Conducta sin cautelas o precauciones exigidas. Resultado típico, previsible y evitable. Nexo causal entre la conducta y el resultado no querido.
		especies	Consiente con previsión. Inconsciente sin previsión.

2.5.1.8. Caso fortuito:

El artículo 15, fracción X, del Código Penal (antes de la Reforma publicada el 10 de enero de 1994):

³¹⁸ Antolisei, op. cit. pag. 252.

³¹⁹ Castellanos Tena, op. cit. pag. 251.

³²⁰ Castellanos Tena, op. cit. pag. 251 y 252.

"Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal.

X. Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho ilícito con todas las precauciones debidas".

El artículo 15, fracción X, del Código Penal (reforma publicada el 10 de enero de 1994, en el Diario Oficial, en vigor el primero de febrero del mismo año):

"Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

X. El resultado típico se produce por caso fortuito.

"En el caso fortuito el resultado adviene por el concurso de dos energías diversas: la conducta del agente (por hipótesis precavida, lícita) y una fuerza extraña a él. De una parte ese actuar voluntario y de otra, una concausa que se une a la conducta; de esa amalgama surge el evento"³²¹ .

"El caso fortuito es considerado como "el límite de la culpabilidad"; el autor estima que en el caso fortuito la conducta nada tiene de culpable, tratándose de un problema de metaculpabilidad"³²² .

La diferencia entre culpa inconsciente y el caso fortuito, es que en la primera no se prevé lo humanamente previsible, en el segundo jamás se puede prever por ser imprevisible"³²³ .

³²¹ Op. cit. pag. 254 y 255.

³²² Prologo a la primera edición del libro del profesor Fernando Castellanos Tena, op. cit. pag. 11.

2.5.2. La Inculpabilidad.

Generalidades: "La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad"³²⁴.
"Esta definición expresa con razón Jiménez de Asúa, es tautológica"³²⁵.

Para Pavón Vasconcelos, "... De acuerdo con el concepto adoptado sobre la culpabilidad, su aspecto negativo funcionará, haciendo inexistente el delito, en los casos en los cuales el sujeto es absuelto en el juicio de reproche"³²⁶.

Para Castellanos Tena "la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad"³²⁷.

"Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto."³²⁸.

2.5.2.1 Causas de la inculpabilidad.

"Las causas o circunstancias que excluyen la culpabilidad son especiales situaciones o estados que concurren en la ejecución del hecho realizado por un sujeto imputable eliminando su culpabilidad. El agente es imputable pero, a causa del concurso de tales circunstancias, extrañas a su capacidad de conocer y de querer, no es culpable"³²⁹.

³²³ Castellanos Tena, op. cit. pag. 255.

³²⁴ Op. cit. pag. 257.

³²⁵ Op. cit. pag. 257.

³²⁶ Op. cit. pag. 433.

³²⁷ Op. cit. pag. 257.

³²⁸ Castellanos Tena, op. cit. pag. 257.

³²⁹ Cuello Calón, op. cit. pag. 555.

“Para que un sujeto sea culpable ... precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad; por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: intelectual y volitivo”³³⁰ .

Para Pavón Vasconcelos: “Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad:

- a) El error y,
- b) la no exigibilidad de otra conducta”³³¹ .

Toda causa que elimine alguno de los elementos de la culpabilidad (conocimiento y voluntad, debe ser considerada como causa de inculpabilidad)”³³² . “En estricto rigor las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo)”³³³ .

El error y la ignorancia.- “Tanto la ignorancia como el error son actitudes psíquicas del sujeto en el mundo de relación, aunque con características diversas. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, la carencia de toda noción sobre una cosa, lo que supone una actitud negativa, en tanto al error consiste en una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo..”³³⁴ .

Para Castellanos Tena “tanto el error como la ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, si producen en el autor desconocimiento o

³³⁰ Castellanos Tena, op. cit. pag. 258.

³³¹ Op. cit. pag. 433.

³³² Op. cit. pag. 258.

³³³ Ibidem, pag. 258.

³³⁴ Pavón Vasconcelos, op. cit. pag. 433.

un conocimiento equivocado sobre la antijuricidad de su conducta... “³³⁵, por su parte Pavón Vasconcelos considera que “para los efectos del Derecho ... Los conceptos se identifican, pues tanto vale ignorar como conocer falsamente”³³⁶.

	de hecho	esencial	aberratio ictus
Clases de error ³³⁷	de derecho	accidental	aberratio in persona aberratio delicti

Error de derecho: “Cuando el sujeto ignora la ley o la conoce erróneamente no hay inculpabilidad, pues “la ignorancia de las leyes a nadie beneficia”, principio casi universal, apoyado en la falsa presunción del conocimiento del Derecho”³³⁸.

El artículo 59 bis, del Código Penal (antes de la Reforma, publicada en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994) ³³⁹ establecía:

“Artículo 59, bis.- 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 imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso”.

³³⁵ Op. cit. pag. 259.

³³⁶ Op cit. pag. 433.

³³⁷ Castellanos Tena, op. cit. pag. 259.

³³⁸ Op. cit. pag. 434.

³³⁹ Derogada por el artículo primero del Derecho publicado en “Diario Oficial” del 10 de enero de 1994, (Código Penal para el D.F.: ediciones Andrade, pag. 18-2.

ERROR DE DERECHO Pavón Vasconcelos	Esencial	Vencible (culpa).	A. Recae sobre los elementos del tipo.	a) Recae sobre la conducta o hecho tipificado. b) Recae sobre el objeto. c) Recae sobre el sujeto pasivo. d) Eximientes putativas (recae sobre el carácter legítimo de la conducta o hecho). e) Recae sobre el carácter legítimo de la orden ³⁴⁰ .
		Invencible (inculpabilidad).	B. Recae sobre las circunstancias calificativas.	
	Accidental (plena culpabilidad)		Aberratio ictus, error en el golpe. Aberratio in persona, error en la persona o en el objeto.	

“La doctrina divide el error en dos clases: de tipo y de prohibición, según recaiga sobre un elemento o requisito constitutivo del tipo penal (el agente ignora obrar típicamente) o el sujeto, sabiendo que actúa típicamente, cree hacerlo protegido por una justificante”³⁴¹.

El error en el Derecho Positivo Mexicano:

El artículo 15, fracción XI, del Código Penal (antes de la Reforma publicada en el Diario Oficial del 10 de enero de 1994):

“Artículo 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

³⁴⁰ Ver en el capítulo tercero, inciso C, en número 3, en lo que se refiere a la obediencia debida.

³⁴¹ Op. cit. pag. 260.

XI. Realizar la acción u omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta.

No se excluye la responsabilidad si el error es vencible”.

“Artículo 15.- Fracción VIII, del Código Penal Vigente:

Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

a. Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o,

b. Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencible, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 del Código Penal”.

CAPITULO III ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO (SISTEMA FINALISTA)

El nacimiento de la Teoría Finalista, fue mas por necesidad que por gusto, toda vez, que en descubrimiento de Fischer en 1911 de que no era suficiente la concepción estrictamente objetiva de la Antijuricidad, y los estudios realizados por Hegler y Max Ernest Mayer, quienes en 1914 proporcionaron la Teoría de los Elementos Subjetivos del Injusto que existe en reducido numero de delitos; el contenido del injusto del tipo delictivo, no se puede determinar sin la ayuda de características subjetivas, por ejemplo:

El apoderamiento de un mueble ajeno es robo solamente cuando se comete con INTENCION de apropiársela antijurídicamente.

Un tratamiento puede ser examen medico, a si se efectúa con fines lascivos, abuso sexual. Con lo anterior, se resquebraja la doctrina clásica que sostenía un aspecto puramente objetivo de la antijuricidad.

Hegler expone en su Teoría que la culpabilidad no era subjetiva en su totalidad, sino presentaba un aspecto objetivo y lo ejemplifica: "La petición expresa y seria de la víctima como motivo determinante del acto de matar con premeditación".

Estas doctrinas que expusieron Hegler, Mayer, Nagler y desarrollada por Mezger, hicieron insostenible la identificación del tipo objetivo con la antijuricidad y del tipo subjetivo con la culpabilidad.

La Teoría de la ACCION final sirvió de base para la construcción de una nueva Teoría del delito.

La ACCION final es la realización de una voluntad plena de sentido, que esta dirigida a lograr objetivos determinados y que no se pueden separar del contenido objetivo de la ACCION. La ACCION solo puede entenderse a partir de la dirección de la voluntad.

Bajo esta estructura, la Teoría del Delito creo nuevos horizontes y perspectivas en cuando a sus elementos y contenido.

El traslado del dolo al tipo subjetivo, la división de delitos dolosos y culposos, como categorías autónomas, son transformaciones fundamentales en la nueva Teoría del Delito.

3.1. TIPICIDAD.

3.1.1. Concepto.

Para Francisco Muñoz Conde el tipo es: "la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto hecho de una norma penal"³⁴².

Bustos Ramírez señala que el tipo legal: "No solo describe acciones u omisiones; sino que es la descripción de un ámbito situacional determinado"³⁴³.

³⁴² Teoría General del Delito, ed. Témis, Bogotá, 1990, pag. 40.

³⁴³ Manual de Derecho Penal, Parte General, ed. Ariel, Barcelona 1989, pag. 158.

Enrique Bacigalupo considera que el tipo penal es "un concepto jurídico producto de la interpretación de la ley penal. Lo define como: "la descripción de la conducta prohibida por una norma"³⁴⁴ .

Para Reinhart Maurach: "el tipo es la terminante descripción de una determinada conducta humana antijurídica"³⁴⁵ .

La tipicidad en el sistema finalista es concebida como descripción de la acción prohibida por el legislador.

3.1.2. Ubicación Sistemática.

Welzel, Kauffman, Jescheck, Maurach, Roxin, Jacobs, Santiago Mir Puig, Bacigalupo y Gimbernat, utilizan en su estructura de la teoría del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad y colocan al dolo en el tipo subjetivo, característica esencial del finalismo.

Al tipo lo colocan dentro de la teoría del delito y varían sólo el contenido; pero siguen una estructura:

- a. Tipicidad.
- b. Antijuricidad.
- c. Culpabilidad.

³⁴⁴ Lineamientos de la Teoría del Delito, ed. Hamurabi, Buenos Aires, 1989, pag. 17.

³⁴⁵ Tratado de Derecho Penal, tomo 1, ed. Ariel, Barcelona, 1962, pag. 267.

Corresponde analizar contenido, clasificación y elementos que integran la tipicidad.

Bacigalupo, considera "que en la práctica, la primera operación que deberá realizarse para verificar la tipicidad de un comportamiento es la de comprobar si se trata de un comportamiento evitable o no"³⁴⁶.

Por su parte Muñoz Conde, dice: "toda acción u omisión es delito si infringe en el ordenamiento jurídico (antijuricidad) en la forma prevista por los tipos penales (tipicidad) y puede ver atribuida a su autor (culpabilidad)"³⁴⁷.

La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal.

En México el artículo 14 párrafo tercero de la Constitución General de la República, nos da el principio *nullum crimen sine lege*, es decir, sólo los hechos tipificados en la Ley Penal como delitos pueden ser considerados como tal.

El tipo penal se denomina tipo de adecuación y se diferencia de otros conceptos de tipo por su amplitud. El tipo de garantía contiene todos los elementos que, de acuerdo con el principio de legalidad, conducirán la aplicación de una pena y que puedan no haber dentro del tipo de la adecuación, ejemplo: desistimiento en la tentativa. Para explicar la función de garantía, el tipo tiene que estar redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida³⁴⁸.

³⁴⁶ Op. cit. Lineamientos de la Teoría del Delito, pag. 17.

³⁴⁷ Op. cit. Teoría General del Delito, pag. 39.

³⁴⁸ Op. cit., Bacigalupo, Enrique, pag. 44.

En Belining el tipo se agotaba en la descripción de la imagen externa de una acción determinada. El tipo no expresaba nada acerca de la antijuricidad, sino que no era más que el objeto de un juicio de valor jurídico, formulado mediante elementos conceptuales, que debía desprenderse en su totalidad de las normas jurídicas. Cuando aparece la teoría de Hegler, Sauer y Mezger, el tipo se convierte en materia de prohibición de las disposiciones jurídicas finales, en descripción objetiva del comportamiento prohibido ³⁴⁹.

Para la mayoría de juristas afiliadas al finalismo, el tipo contiene todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material del injusto de una clase de delitos.

3.1.3. Tipos Abiertos.

Serán tipos abiertos aquellos en que concurren elementos que implique la antijuricidad de la acción típica, mientras carecerán de aquel carácter los tipos portadores de elementos valorativos de la figura legal cuya apreciación no implique la antijuricidad de la conducta ³⁵⁰.

1.- Tipos abiertos y concepto personal de lo injusto.

Al incluir al dolo en el tipo, ha dado una nueva fundamentación a la TEORÍA de lo injusto. Welzel, desarrollo el concepto personal de lo injusto. Es decir, la lesión del bien jurídico llevada a cabo por el autor, el disvalor del resultado, constituye sin duda un factor esencial para la determinación de lo injusto. Los tipos abiertos contradicen el concepto personal de lo injusto, dado

³⁴⁹ Op. cit., Muñoz Conde, Francisco, pag. 44.

³⁵⁰ Op. cit. Jescheck, H.H., pag. 336.

que en la mayoría de los casos nada pueden decir sobre la actividad final y la actitud del delincuente respecto del hecho.

2. Tipos abiertos y el contenido valorativo del tipo penal.

Los tipos abiertos contradicen la teoría del contenido del valor del tipo, en ellos el dolo no depende de la valoración paralela en la conciencia del autor (Roxin).

3. Tipos abiertos y la materia de prohibición.

Los tipos abiertos contradicen la esencia de la materia de prohibición, pues no expresan al autor una norma de comportamiento clara y utilizable (Roxin).

3.1.4. Elementos Descriptivos y Normativos de la Tipicidad.

A. Son elementos descriptivos: "Aquellas que pueden ser comprendidos sólo con su percepción por los sentidos, como es el caso de la utilización de expresiones - motor - bosque - mujer"³⁵¹.

Bacigalupo señala: "en los tipos descriptivos, cualquiera puede apreciar o conocer en su significado sin mayor esfuerzo"³⁵².

B. En cuanto a los elementos normativos "son aquellos que sólo pueden ser comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo"³⁵³.

³⁵¹ Bustos Ramírez, Juan, op. cit. pag. 168.

³⁵² Bacigalupo, Enrique, op. cit. pag. 45.

³⁵³ Tratado de Derecho Penal. Tomo 1, Traducción de Juan Córdoba Roda. Ed. Ariel, Barcelona, 1962, pag. 285.

Para Reinhart Maurach se habla de “características normativas del tipo, cuando se asigna al Juez, expresa o tácitamente, la labor de llevar valorativamente determinados términos con ayuda de los métodos de interpretación disponible”³⁵⁴ .

Para Enrique Bacigalupo los elementos “normativos”: “Son contenidos en una descripción típica que sólo se pueden captar mediante un acto de valoración: refiere la significación cultural de un hecho”³⁵⁵ .

Bustos Ramírez apunta: elementos de la actividad humana y medios de realización, los sujetos activos y pasivos, el objeto material, circunstancias temporales especiales y sociales, Bacigalupo por su parte sólo ubica al sujeto activo, acción y bien jurídico ³⁵⁶ .

3.1.5. Tipo Objetivo.

La adecuación típica de los delitos dolosos se caracteriza, porque el hecho descrito por el tipo penal coincide entre la voluntad del autor y la realización de la acción. Esta circunstancia permite analizar el problema de la adecuación típica de los delitos dolosos en dos niveles: el tipo objetivo y tipo subjetivo ³⁵⁷ . Los delitos de comisión culposa varía su estructura, de los delitos de comisión dolosa.

³⁵⁴ Op. cit. pag. 21.

³⁵⁵ Op. cit. pag. 169.

³⁵⁶ Op. cit. pag. 46.

³⁵⁷ Op. cit. Bacigalupo, Enrique, pag. 25.

3.1.5.1. Acción u Omisión.

El autor trasciende al exterior a través de la acción. La aparición externa del hecho es lo que describen los elementos del tipo. Constituye el núcleo objetivo real de todo delito ³⁵⁸. Bacigalupo refiere: las normas de derecho penal tienen por objeto agresiones humanas. Refiere la realización de una acción en sentido estricto como a la omisión de un comportamiento determinado ³⁵⁹.

Bustos Ramírez habla de actividad la cual surge del verbo utilizado por el tipo legal (matar, herir). Reinhart Maurach ³⁶⁰ señala: "Una acción es la base común a todos los delitos independientemente de sus formas de aparición, que sirve de base tanto al tipo ordinario y fundamental de conducta relevante jurídico-penal, al delito doloso, como a la manifestación excepcional del hecho punible culposo. Maurach considera como acción: el hacer activo consciente del fin, propio de una consideración naturalista, como al no hacer algo determinado por un fin (la omisión)"³⁶¹.

Se deben analizar los medios especiales de la acción y la omisión. Agravantes o atenuantes, ejemplo: Casa habitación, violencia o riña.

Verificar, que no existan causas de exclusión de la acción. Fuerza física irresistible, estado de inconsciencia absoluta, acto reflejo.

³⁵⁸ Op. cit. Jescheck, H.H., pag. 373.

³⁵⁹ Op. cit. Bacigalupo, Enrique, pag. 15.

³⁶⁰ Op. cit. pag. 177.

³⁶¹ *Ibidem*, pag. 17.

3.1.5.2. Imputación Objetiva.

En los delitos de resultado “debe existir entre acción y resultado una relación de causalidad, una relación que nos permita, ya en el ámbito objetivo; la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado ³⁶². La teoría de la imputación objetiva se propone reemplazar a la teoría del nexo causal, con bases jurídicas y no naturales.

“La comprobación de la relación de imputación objetiva requiere que: la acción haya creado un peligro no permitido; el resultado producido sea la realización de ese peligro”³⁶³.

La acción de conducir un vehículo de motor es un peligro, sin embargo, si el autor produce un resultado de lesiones corporales de otro sin haber transgredido los reglamentos (se mantiene dentro de los límites del peligro permitido) el resultado no le será imputado.

Existen cuatro criterios en cuanto a la imputación objetiva, analicemos cada uno:

- 1.- Las normas jurídicas sólo prohíben resultados evitables.
- 2.- Las normas jurídicas sólo prohíben acciones que aumenten el peligro corrido por el bien jurídico.
- 3.- Las normas jurídicas sólo prohíben acciones que empeoren la situación del bien jurídico, pero no los que lo beneficien.

³⁶² Op. cit. Muñoz Conde, Francisco, pag. 22.

³⁶³ OP. cit. Bacigalupo, Enrique, pag. 29.

4.- Las normas jurídicas no prohíben sino acciones que representen un peligro para el bien jurídico que protegen.

3.1.5.3. Resultado.

Es importante determinar que hay delitos de lesión y peligro; solamente puede darse el resultado en los delitos de lesión.

3.1.6. Tipo Subjetivo.

La parte subjetiva del tipo esta formada siempre por el dolo. El que puedan concurrir otras características subjetivas depende de la estructura del tipo.

DOLO

Clases:

- Directo
- Indirecto
- Eventual

1. CONOCIMIENTO DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO.

- a. Conocimiento actualizado.
- b. Debe darse en el momento de la comisión.
- c. Se borra el conocimiento si hay error de tipo.

2. ERROR DE TIPO.

- a. Vencible.
- b. Invencible.

3. CLASES DE ERROR.

- a. Error in persona.
- b. Dolus generalis.
- c. Aberratio ictus (error en el golpe).

4. VOLUNTAD DE REALIZAR EL TIPO OBJETIVO. (adecuación típica).

ELEMENTOS SUBJETIVOS INJUSTO.

DEL

Solamente en aquellos delitos que su tipo subjetivo, pida junto al dolo, otros especiales elementos.

- Animo de lucro.
- Animo de injuriar.
- Animo de apropiarse.

La acción u omisión humana contenidas en el tipo son procesos causales regidos por la voluntad.

A nivel de tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad. El tipo de injusto tiene una vertiente objetiva y subjetiva.

3.1.6.1. Dolo.

Para Maurach ... "el dolo, conforme a la fórmula más universal, es el querer, regido por el conocimiento, de la realización del tipo objetivo.

Maurach considera: el dolo se presenta, como la voluntad de la acción dirigida al resultado; el dolo no es más que finalidad dirigida a la realización del tipo objetivo".³⁶⁴ Muñoz Conde lo define como ... "la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito"³⁶⁵. Para Gómez Benítez, en su libro Teoría Jurídica del Delito "el dolo es conocimiento y volición de la realización de todos los elementos del tipo objetivo"³⁶⁶.

Bustos Ramírez, define al dolo como: "el conocer y querer de la realización típica (o bien, la decisión del autor para la ejecución de una acción que realiza un determinado delito"³⁶⁷.

³⁶⁴ Op. cit. pag. 302.

³⁶⁵ Op. cit. pag. 55.

³⁶⁶ Gómez Benítez, José Manuel, Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General. Ed. Civitas, Madrid, 1987, pag. 205.

³⁶⁷ Op. cit. pag. 176.

3.1.6.2. Elementos del Dolo.

Santiago Mir Puig, considera dos elementos en el dolo: Conocimiento y voluntad.

3.1.6.2.1 Conocimiento.

Ha de recaer sobre elementos objetivos del tipo, es decir tener conciencia de las circunstancias que lo integran".³⁶⁸ Para Gómez Benítez "el momento cognoscitivo comprende: el conocimiento real o actual de la realización de los elementos descriptivos y normativos del tipo, del curso causal en condiciones de imputación objetiva del resultado"³⁶⁹.

En el dolo directo de primer grado predomina el elemento volitivo: el autor persigue la realización del tipo.

El dolo directo de segundo grado predomina, el elemento intelectual (conocimiento): El autor sabe y advierte seguro o casi seguro que su actuación dará lugar al delito³⁷⁰.

Muñoz Conde "refiere como elemento intelectual, aquel, que para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y los elementos que caracterizan reacción típica"³⁷¹.

³⁶⁸ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Fundamentos y Teoría del Delito. Ed. Promociones, Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, pag. 202.

³⁶⁹ Op. cit. pag. 206.

³⁷⁰ Op. cit. pag. 202.

³⁷¹ Mir Puig, Santiago, op. cit. pag 55.

3.1.6.2.2 Elemento volitivo

Para actuar dolosamente no basta con el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, querer realizarlos. Gómez Benítez ³⁷² - querer la realización del tipo es algo más que desearlo. La voluntad presupone no sólo un previo momento cognoscitivo, sino además una dirección de la voluntad hacia la realización del tipo.

3.1.6.3. Clases de Dolo.

Depende de la intervención del elemento intelectual o volitivo, para distinguir entre dolo directo y dolo eventual.

3.1.6.3.1. Dolo directo.

El autor quiere realizar precisamente el resultado prohibido en el tipo penal o la acción típica.

3.1.6.3.2. Dolo eventual.

El sujeto activo se representa el resultado como de probable producción y, aunque no quiere producirlo, sigue actuando, advirtiendo la eventual producción.

3.1.6.3.3. Elementos Subjetivos del Injusto.

El descubrimiento de Fischer (1911) Hegler y Mayer (1914) y posteriormente Saven y Mezger de los elementos subjetivos del injusto. Estos

³⁷² Op. cit. pag. 208.

se presentan en un reducido número de delitos; En los cuales, el contenido del injusto del tipo, no se puede determinar sin la ayuda de características subjetivas. Verbigracia: "Intención", "Fines lascivos", a sabiendas. Es decir, el ánimo del sujeto activo.

3.1.7. Error de tipo.

El dolo tiene dos elementos: conocimiento intelectual y volitivo o voluntad; habrá conocimiento siempre y cuando no haya obrado con error o ignorancia respecto de alguno de los elementos del tipo objetivo o como indica - Gómez Benítez - el error sobre el tipo es, un error sobre los elementos integrantes de la infracción penal o tipo objetivo. Muñoz Conde por su parte escribe: que el autor debe conocer los elementos integrantes del tipo injusto. Cualquier desconocimiento por error sobre la existencia de algunos de esos elementos excluye el dolo; si el error fuera vencible, deja subsistente el tipo de injusto de un delito culposo.

El error sobre los elementos del tipo excluye el dolo.

El error puede afectar sobre distintos elementos típicos:

3.1.7.1. Error Sobre el Objeto de la ACCION. (Error in objeto vel in persona).

La doctrina en general considera, irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre la que recae la acción. El sujeto yerra sobre la característica o identidad del objeto de la acción.

3.1.7.2. Error sobre la Relación de Causalidad.

Son irrelevantes las desviaciones inesenciales o que no afectan la producción del resultado querido por el autor. Si el resultado se produce desconectado del autor, sólo podrá imputarse el hecho como una tentativa.

3.1.7.3. Error en el Golpe. (aberratio ictus).

Se presenta sólo en los delitos contra la vida y la integridad física.

Bacigalupo explica el *dolus generalis*: "Piénsese en el siguiente caso: A quiere matar a B a golpes con un bastón; luego de propinarle un número considerable de golpes en el cuerpo y en la cabeza cree haberle producido la muerte; para ocultar el cadáver lo arroja a un pozo con agua. Al descubrirse el hecho, los médicos comprueban que B murió ahogado y que por lo tanto, no estaba muerto, como creyó B, cuando éste lo arrojó al pozo. En consecuencia, cuando el autor quiso matar no logró el resultado; cuando creyó que no mataba; produjo el resultado muerte. Las opiniones se dividen, una considera tentativa de homicidio, la segunda homicidio culposo. Para un grupo se trata de un único hecho en el que debe admitirse un dolo general de matar que se concretó en la obtención del resultado"³⁷³ .

3.1.8. Antijuricidad ³⁷⁴ .

Después de analizar el tipo penal en la dogmática jurídico-penal finalista, toca el turno, a la antijuricidad, la cual presenta un problema en cuanto a su

³⁷³ Op. cit Bacigalupo, Enrique, pag. 43

³⁷⁴ Antijuricidad. La teoría clásica la entendía como lo contrario a derecho, nada tenía de subjetivo.

concepto, la han llamado injusto, ilícito y antijuricidad. analizamos su significado y naturaleza jurídica.

3.1.8.1 Concepto.

Hans Welzel, quién en su obra *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, define a la antijuricidad como: "La contradicción de la conducta típica con la totalidad del ordenamiento jurídico"³⁷⁵.

Welzer, utiliza la palabra totalidad, pues el hecho típico quebranta una norma prohibitiva, pero puede suceder que otra norma permita la realización de la conducta típica en determinadas circunstancias tales como: legítima defensa; es decir, una causa de justificación puede alterar la relación tipicidad, antijuricidad, haciendo que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado sea justa por ser la acción adecuada a derecho.

Para Günter Stratenwerth ³⁷⁶, la antijuricidad es el resultado de la adecuación al supuesto de hecho típico y la falta de justificación. Sainz Cantero ³⁷⁷, asevera que la antijuricidad, puede ofrecer un concepto material y uno formal, para el primero es antijuricidad toda conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. En cuanto al formal es antijurídica la conducta típica que no encuentra amparo en una causa justificación. Enrique Bacigalupo ³⁷⁸, escribe que una conducta es típica si con ella se infringe una norma y será antijurídica si no esta justificada por una causa de justificación.

³⁷⁵ Derecho Penal Alemán, Parte General, 12a. edición, Ed. Jurídica de Chile, Traducción Bustos Ramírez, Chile, 1987, pag. 76.

³⁷⁶ Derecho Penal, Parte General, Hecho punible, 2a. edición, traducción Gladdys Romero, ed. Edersa, 1976, pag. 67.

³⁷⁷ Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3a. edición, Ed. Bosch, España, 1990, pag. 559.

³⁷⁸ Lineamientos de la Teoría del Delito, pag. 45.

Santiago Mir Puig ³⁷⁹, refiere que en sentido formal, antijuricidad, significa la relación de contradicción de un hecho con el derecho. La antijuricidad material de un hecho se basa en su carácter de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

Reinhart Maurach ³⁸⁰, por su parte sostiene, "lo que tradicionalmente se designa como teoría de la antijuricidad es, en realidad gracias a la moderna teoría del tipo, lo opuesto a un tratamiento de los motivos y de la cognoscibilidad del carácter injusto de una conducta declarada punible.

Muñoz Conde ³⁸¹, define a la antijuricidad, como la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito.

Por último, H.H. Jescheck ³⁸², define a la antijuricidad como: la contradicción de la acción con una norma jurídica.

3.1.8.2. Antijuricidad e injusto

En la dogmática jurídico-penal se utiliza indistinto el término antijuricidad como el de injusto, es importante hacer la distinción.

La antijuricidad viene de antijurídico (de anti y jurídico) = que va contra derecho ³⁸³.

³⁷⁹ Derecho Penal, Parte General, Ed. promociones y publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, pag. 101.

³⁸⁰ Tratado de Derecho Penal. Tomo 1, pag. 347.

³⁸¹ Teoría General del Delito, pag. 83

³⁸² Tratado de Derecho Penal, Parte General, Ed. Comares, Traducción Dr. José Manzanares, 1993, pag. 210.

³⁸³ Diccionario para Juristas, op. cit. pag. 101.

Injusto, del latín *injustus* (no justo) ³⁸⁴ .

Para Muñoz Conde ³⁸⁵ , la antijuricidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico, y el injusto, es un sustantivo que se emplea para denominar la acción calificada ya como antijurídica; lo injusto es la conducta antijurídica misma.

Jescheck ³⁸⁶ apunta, la antijuricidad es la contradicción de la acción con una norma jurídica. El injusto es la acción misma, valorada antijuridicamente.

Hans Welzel ³⁸⁷ , considera a la antijuricidad, como una mera relación (una contradicción entre dos miembros de una relación); lo injusto, por el contrario es algo substancial; la conducta antijurídica misma. La antijuricidad es un predicado, lo injusto lo sustantivo.

Gómez Benítez ³⁸⁸ , considera el injusto penal como: "la acción antijurídica y típica". Es un sustantivo que alude a un desvalor que se forma sumando el desvalor de la tipicidad y el de la antijuricidad.

Suele aludirse a un desvalor de la antijuricidad, porque como se sabe, este desvalor implica ya el de la tipicidad.

³⁸⁴ *Ibidem*, pag. 720.

³⁸⁵ *Op. cit.* pag. 84.

³⁸⁶ *Op. cit.* pag. 210.

³⁸⁷ *Op. cit.* pag. 78.

³⁸⁸ *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal*, ed. Civitas, Madrid, 1987, pag. 80.

Por su parte, Eugenio Raúl Zaffaroni ³⁸⁹, indica que la antijuricidad es, el choque de la conducta con el orden jurídico, entendiendo no sólo como orden normativo (antinormatividad), sino como un orden normativo y de preceptos permisivos.

En la moderna teoría del delito se emplea la expresión tipo de injusto para calificar aquellas acciones jurídicas subsumibles, como típicas en el supuesto de hecho de una norma penal y también para delimitar el comportamiento típicamente relevante sobre el que ha de recaer el juicio de antijuricidad.

3.1.8.3. Antijuricidad como Juicio Objetivo y Subjetivo.

Los aspectos descriptivos del tipo, se constatan por la percepción; la antijuricidad es una relación que se determina mediante un juicio. En primer lugar: Es un juicio de valor pues se busca determinar si la acción de que se trate es valiosa o disvaliosa para el derecho (mandatos).

En segundo lugar se habla de un juicio objetivo, tanto por el objeto valorado (acción - conducta, como ataque a un bien jurídico protegido), como por los elementos que se ponen en juego para formularlo; la realidad del ataque y las formas de ataque.

Las formas punibles de ataque reclaman particulares elementos de naturaleza subjetiva (elementos subjetivos del tipo).

³⁸⁹ Manual de Derecho Penal, Parte General, 1a. edición, ed. Cárdenas, México, 1986, pag. 512.

Zaffaroni expone su tesis de antijuricidad subjetiva: “Nada tiene que ver con el criterio, que al introducir el dolo en el tipo, como tipo subjetivo, no puede menos que catalogar el injusto (la conducta típica y antijurídica).

Como injusto de cada autor, puede serlo para un sujeto y no para otro; por ello, lo antijurídico no depende sólo de datos objetivos.

CAPITULO IV CULPABILIDAD

4.1. CONCEPTO.

4.1.1. Etimológico.

De culpable. Del latín culpabilis, se aplica a quien se puede echar la culpa
390 .

Para expresar éste término Reyes Echandía expone: los clásicos, con Carrara a la cabeza, preferían emplear la expresión fuerza moral del delito; los Neo-clásicos, hablaban de causalidad psíquica, y no pocos el de atribuibilidad
391 .

Reyes Echandía indica: "generalizando ya el uso de la palabra culpabilidad, los alemanes la designan con la voz de Schuld, los italianos con la de Colpevolezza, los franceses con la de culpabilité, los ingleses con la de culpability, y los brasileños y latinoamericanos con culpabilidade.

³⁹⁰ Diccionario para Juristas, op. cit. pag. 350.

³⁹¹ Reyes Echandía, Alfonso, Culpabilidad. 3a. edición, ed. Témis, Bogotá, Colombia, 1991, pag. 3.

4.1.2. Doctrinario.

Para Enrique Bacigalupo,³⁹² la "culpabilidad constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma".

Para Luis Jiménez de Asua,³⁹³ la culpabilidad es: "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".

Castellanos Tena,³⁹⁴ la culpabilidad es: "el nexa intelectual y emocional que liga al sujeto con el acto".

Edmund Mezger³⁹⁵ "la culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido".

Hans Welzel³⁹⁶ "La accione antijurídica es la culpabilidad". Para el profesor Raúl Zaffaroni³⁹⁷ "la culpabilidad es: la reprochabilidad del injusto autor.

Jescheck³⁹⁸ menciona que el concepto formal de culpabilidad abarca aquellos elementos psíquicos del hecho un ordenamiento jurídico dado se exigen positivamente como presupuestos de la acción objetiva.

³⁹² Bacigalupo, Enrique, op. cit. pag. 147.

³⁹³ La Ley y el Delito, pag. 444.

³⁹⁴ Lineamientos Elementales del Derecho Penal, pag. 234.

³⁹⁵ Derecho Penal. Pag. 189.

³⁹⁶ Welzel, Derecho Penal Alemán, pag. 197.

³⁹⁷ Op. cit., Manual de Derecho Penal, pag. 543.

El concepto material de culpabilidad descubre las razones por la que ciertos factores psíquicos se toman como presupuestos de la imputación subjetiva y en caso de faltar determinan la desaparición del juicio de culpabilidad.

Claus Roxin,³⁹⁹ no le llama culpabilidad sino responsabilidad, es decir, examina si el autor de una conducta antijurídica es merecedor de la pena.

Günther Jacobs, define la culpabilidad como una regulación según la exigencia del fin de la pena, para una sociedad con una precisa constitución.⁴⁰⁰

4.2. EVOLUCION DOCTRINARIA.

4.2.1. Teoría psicológica.

Para estudiar esta doctrina se analiza el pensamiento de sus más importantes exponentes para explicar los postulados de la TEORÍA causalista naturalista.

Los más importantes exponentes son: Carlos Binding, Franz Von Liszt, Paul Merkel, Hellmuth, Mayer; analizo el pensamiento causalista naturalista de autores alemanes, con fines prácticos, sin demeritar a otros juristas.

³⁹⁸ Op. cit., Tratado de Derecho Penal, Parte General, volumen primero, pag. 581 y 182.

³⁹⁹ Roxin Claus. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, pag. 15.

⁴⁰⁰ Citado por Donna, Edgardo. Teoría del Delito y de la Pena, ed. Astrez, Buenos Aires, 1992, pag. 197.

4.2.1.1. Carlos Binding.

Para Binding, el dolo y la culpa son una pura relación psicológica, o mejor dicho, el dolo y la culpa son la pura culpabilidad.

En su teoría, sólo hay culpables, pero no hay un injusto culpable o una acción antijurídica o antinormativa, ya que no es ni dolosa ni culposa.

La culpabilidad se encuentra contenida, en el dolo y la culpa, de la siguiente forma:

- a) El dolo sólo exige que el autor haya actuado con conciencia de antijuricidad del deber, con ello obtienen como resultado que el dolo y culpa son escalones de culpabilidad.
- b) Binding utiliza el significado puro y jurídico de la palabra culpabilidad, olvidando el campo de la ética o de las costumbres.

Para Binding, la culpabilidad, es el resultado, de tomar en cuenta lo que hizo el autor ⁴⁰¹. En sentido estricto la define como: "la voluntad de capacidad de acción como causa de una antijuricidad. En sentido amplio es la desaprobación jurídica porque el hecho era inevitable o podría haber sido evitable y de esa forma cumplir con el deber jurídico ⁴⁰².

Concluye: La acción capaz de culpabilidad (la acción desvaliosa), antijurídica, es capaz de ser receptora del deber jurídico como tal.

⁴⁰¹ Donna, op. cit. pag. 84.

⁴⁰² Ibidem, pag. 85.

4.2.1.2. Franz Von Liszt.

Von Liszt considera a la culpabilidad en el más amplio sentido, responsabilidad del autor por el acto ilícito que ha realizado ⁴⁰³. El juicio de culpabilidad expresa la consecuencia ilícita que trae consigo el hecho cometido y se le atribuye a la persona del infractor. A la desaprobación jurídica del acto, se añade la que recae sobre el actor ⁴⁰⁴.

La culpabilidad en sentido estricto es: "la relación subjetiva entre el acto y el autor"⁴⁰⁵.

La relación subjetiva entre el hecho y el autor sólo puede ser psicológica; pero, si existe determinada la ordenación jurídica en consideración valorativa. Según ella el ACTO CULPABLE es la acción dolosa o culposa del individuo imputable.

Von Liszt afirma: que la imputación contenida en el juicio de culpabilidad contiene dos elementos.

- a) La imputabilidad del autor, consiste en aquel estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente, con la facultad que tiene el agente de determinarse, de manera general con las normas de conducta social.
- b) Imputación del acto. Se da cuando el autor conocía la significación antisocial de su conducta, o hubiese podido y debido conocerla.

⁴⁰³ Tratado de Derecho Penal, Tomo Segundo, tercera edición, ed. Instituto Ed. Reus, S.A., traducido por Luis Jiménez de Asua, Madrid, pag. 387.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, pag. 387.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, pag. 387.

Para Von Liszt, la culpabilidad tiene dos especies, el dolo y la culpa.

4.2.1.3. Paul Merkel.

Define la culpabilidad como: juicio de desvalor sobre una persona, justamente sobre su actitud que se revela por medio de ella que actuó de una manera determinada ⁴⁰⁶ .

El dolo y la culpa para Merkel son dos formas; una persona es culpable cuando hay capacidad de culpabilidad, la conciencia de la antijuricidad no tienen ningún lugar en el dolo, la relación sobre la antijuricidad no es, o no se dirige o no existe, en la comprobación de la culpabilidad en la PSYQUIS del autor ⁴⁰⁷ .

En resumen: sólo el acto doloso o culposo de un tipo penal puede existir en el juicio de la culpabilidad, es decisivo que el dolo y culpa sean fundamentos o requisitos previos de culpabilidad.

4.2.1.4. Theodor R. Schutze.

Schutze utiliza el concepto de atribución o de imputación en lugar de culpabilidad, entendiendo a esta como "la dirección o acción penal causada por la voluntad del hombre" ⁴⁰⁸ . La atribución o la imputación es el deber del juez penal de reconocer que el autor es culpable, y por ende punible. Señala que la atribución es a la conducta; y esta se asienta sobre la dirección de la voluntad del autor. El autor debe ser culpable del hecho.

⁴⁰⁶ Op. cit. citado por Edgardo Donna, pag. 89.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, pag. 89.

⁴⁰⁸ Citado por Edgardo Donna, pag. 91.

4.2.1.5. Gustav Radbruch.

Radbruch trata de encontrar un concepto que abarque el dolo y culpa, planteando dos hipótesis ⁴⁰⁹:

- a) Utiliza al dolo como un momento valorativo, por lo que aparece un juicio sobre la antijuricidad, como juicio de valor, por lo que el dolo contiene a la antijuricidad, Dolus malus.
- b) Utiliza a la culpa como elemento valorativo, con base en la normal atención del autor en los delitos culposos y la antijuricidad de la conducta, con esto no es una mala representación del resultado. La culpabilidad es un estado de ánimo que tiene características especiales ⁴¹⁰.

Para Radbruch la culpabilidad es: "como un estado de ánimo en el cual una acción se aparece como las características del actuante y deja mostrar la característica de una acción basada en el Estado de Animo ⁴¹¹ .

4.2.2. Teoría normativa.

El causalismo valorativo, tiene en Reinhart Frank, James Goldschmidt, Berthold Freudental y Edmund Mezger, sus máximos exponentes. En México, el Dr. Fernando Castellanos Tena, Carrancá y Rivas, Franco Guzmán, Pavón Vasconcelos, coinciden con esta doctrina.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, pag. 85.

⁴¹⁰ *Ibidem*, pag. 86.

⁴¹¹ *Ibidem*, pag. 87.

4.2.2.1. Reinhart Frank.

La obra de Frank, es el punto de partida de la Teoría Normativa de la culpabilidad.

Frank fundamente la Teoría de la Culpabilidad en las CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO.

El concepto de culpabilidad, debe comprender las circunstancias que rodean al hecho.

Frank descubre que en el estado de necesidad el sujeto activo, actuaba con dolo, es decir, la culpabilidad no sólo era una relación psíquica del autor que actuaba con dolo; en el Estado de Necesidad no desaparece el dolo.

Frank, incorpora al concepto de Reprochabilidad, los siguientes requisitos: la normal actitud espiritual del autor, la concreta relación psíquica del autor con su acto y las normales condiciones en las cuales se da el hecho ⁴¹².

Frank descubre que las circunstancias concretas, para el delito culposo y en especial la culpabilidad, en general son de significancia. ⁴¹³ Frank sostiene que las normales circunstancias rigen o deben ser tomadas para la culpabilidad.

Estas aparecen en el Estado de Necesidad de modo que las normales condiciones de esas circunstancias están también en la culpabilidad. El autor no

⁴¹² Op. cit., citado por Edgardo Donna, pag. 96.

⁴¹³ *Ibidem*, pag. 97.

podía haber hecho otra cosa en esa situación, y no se le puede, en esas circunstancias, hacerle ningún reproche.

El reproche es dable, cuando el hecho es desaprobado al autor, y esto será con una valoración negativa.

Frank, incluye como elemento de la culpabilidad a la NORMAL MOTIVACION; utilizando MOTIVACIONES NORMALES como elemento.

La motivación aparece como la medida de la culpabilidad que sería la parte no comprobada. Hay un momento ético ello tiene significación en la motivación de las circunstancias que rodean al hecho y sería de suma importancia para las consideraciones sobre la medida de la pena.

Para Reinhard Frank la culpabilidad no esta en la psiquis del autor; culpabilidad es solamente un juicio que, a la conducta antijurídica, por hechos dados en la realidad le sería reprochado ⁴¹⁴. Estos hechos (dolo y culpa), así como la libertad o la dirección de los hechos, se le puede hacer un reproche, cuando el podía haber actuado de otra forma ⁴¹⁵.

La exigencia de la libertad será entonces lo más importante cuando existe un defecto de la libertad; habrá una exclusión de la culpabilidad y será fundamento de la disciplina ⁴¹⁶.

Frank, afirma que la culpabilidad es un querer contrario al deber ⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Ibidem, pag. 98.

⁴¹⁵ Ibidem, pag. 98.

⁴¹⁶ Ibidem, pag. 99

4.2.2.2. James Goldschmidt.

En su obra *La Concepción Normativa de la Culpabilidad* apunta que los expositores del normativismo sostienen sus doctrinas en dos puntos capitales; por un lado, la norma sobre la que apoyan el juicio de culpabilidad; por otro, una nota real que sirve de base al juicio ⁴¹⁸.

Goldschmidt parte de la cuestión de si el concepto de culpabilidad es externo a los componentes psicológicos y si no se manifestaban en el o no había elementos normativos.

Para Goldschmidt el elemento normativo es la contrariedad al deber.

Goldschmidt considera el problema de la conciencia de la culpabilidad sobre la base de la norma del deber, debe examinarse si la norma de deber es independiente o se refiere a la norma de cultura que determinaría la parte material de la antijuricidad.

Goldschmidt considera que: la norma de deber es autónomo y convive junto con la norma jurídica o de acción.

Basado en el pensamiento de Kant, llega a la conclusión de que la libertad es a priori de la voluntad, de modo que ella es independiente de la experiencia ... de ello Goldschmidt, deduce que el sujeto se deja determinar categóricamente por el motivo del deber.

⁴¹⁷ *Ibidem*, pag. 100.

⁴¹⁸ Goldschmidt, James. *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*, ed. Depalma, traducción Margarette de Goldschmidt y Ricardo C. Nuñez, Buenos Aires, 1943.

La norma del deber aparece en forma independiente con la exigibilidad, que es la base de la teoría normativa. De allí que las normas de deber son el límite extremo de las exigencias puestas en la motivación o sea la exigibilidad⁴¹⁹.

La reprochabilidad aparece como el no dejarse motivar por la representación del deber. La culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico, es la distribución de tal hecho a una motivación reprochable. La exigibilidad presupone siempre un deber⁴²⁰.

La teoría de Goldschmidt se basa en la contraposición de dos normas: La norma de derecho, que se refiere al injusto y la norma del deber, que se refiere a la culpabilidad. La valoración queda a un lado del dolo.

Goldschmidt afirma: si bien la motivación normal no es único presupuesto de la exigibilidad y de la reprochabilidad, si aparece como presupuesto de la no exigibilidad.

Para Goldschmidt la culpabilidad no es una mera relación psíquica del autor con la acción antijurídica, sino una valoración del supuesto psíquico⁴²¹.

El elemento normativo en la culpa sería un deber especial para motivarse en virtud de representarse el resultado juntamente con la existencia de un elemento general normativo de la culpabilidad que era la actitud de la voluntad en contra del deber.

⁴¹⁹ Op. cit., Donna, pag. 106.

⁴²⁰ Ibidem, pag. 107.

⁴²¹ Ibidem, pag. 107.

Para Goldschmidt, la culpabilidad es la intención o la conjunción de un hecho antijurídico que es reconocido en virtud de una dificultad en la valoración. No es el hecho antijurídico mismo, sino la dirección de la motivación lo que es reprochable ⁴²² .

4.2.2.3. Berthold Freudenthal.

Para Freudenthal las circunstancias concomitantes son componentes del dolo y la culpa. Concibe al dolo como un momento ético en la culpabilidad.

Freudenthal infiere que la culpabilidad contiene en sí la desaprobación de una conducta, quiso precisar cual era la falla del poder del autor, según el hecho y las circunstancias concomitantes, realizó una premisa. Como se puede normalmente exigir a nadie según las circunstancias concomitantes?. Como no se puede normalmente exigir a nadie según las circunstancias del momento?.

De ahí la falla del poder y con ello la culpabilidad del autor ⁴²³ . Debe analizarse las circunstancias del caso, cómo había actuado el sujeto activo, entonces no podía hacersele ningún reproche a éste, si esa circunstancia no le era exigible de otra conducta adecuada al derecho será el criterio del reproche ⁴²⁴ .

⁴²² *Ibidem*, pag. 109.

⁴²³ Citado por Edgardo Donna, pag. 114.

⁴²⁴ *Ibidem*, pag. 115.

4.2.2.4. Guillermo Sauer.

Sauer define a la culpabilidad como: "una falta ético - social que encierra el reproche de la lesión grave, socialmente relevante, en un deber"⁴²⁵.

Sauer considera la culpabilidad como: juicio de desvalor en base a una consideración objetiva del espíritu del autor. Esta se produce en la conciencia del autor, en contra de lo jurídico.

En su definición expone: es un juicio de desvalor o reproche que la sociedad hace a un individuo que tiene una conducta socialmente inadecuada, libremente determinada y considerada como antisocial: Sauer, explica la dificultad de reproche de culpabilidad que esta en la conducta psíquica, a esto lo llamó la primera clase de culpabilidad.

Distingue entre la culpabilidad del ánimo y la culpabilidad del carácter, los cuales funda en la denominada "crónica" y que se refiere a hechos concretos.

Sauer fundamenta la culpabilidad de la siguiente forma ⁴²⁶ :

- a) Objeto de la culpabilidad. Tendencia de fuerza y de valor de un hombre, especialmente de su querer.
- b) Medida de culpabilidad. Es la desaprobación por el derecho, materialmente peligrosidad social, el daño social.

⁴²⁵ Seuer, Guillermo, Derecho Penal (parte general), ed. Bosch, Barcelona, traducción Juan del Rosal y José Cerezo, 1956, pag. 222.

⁴²⁶ Op. cit. pág. 223.

- c) Caracteres de la culpabilidad a Elementos: dolo y culpa; las considera partes integrantes, esenciales de la culpabilidad ⁴²⁷ .

4.2.2.5. Edmund Mezger.

A la teoría de Mezger se le ha denominado "teoría compleja de la culpabilidad".

Mezger define a la culpabilidad como " ... el conjunto de los presupuestos que fundamenta el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido"⁴²⁸ . Explica que los presupuestos muestran al hecho como una expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor. El término Reprochabilidad empleado a veces, significa prácticamente lo mismo que "reproche". La imputación, considerada en si puede definirse como la culpabilidad "formal" y el reproche determinado en cuanto al contenido como la culpabilidad "material".

Para Mezger la culpabilidad es: reproche personal de una conducta antijurídica y una relación subjetiva y psicológica del autor con su hecho.

Para subsanar el problema de la culpa inconsciente, dice; que el autor de un hecho culposos o imprudente debe en principio, ser consciente de la violación de un deber de cuidado, con el cual debe cargar. Esta persona debe ser consciente de la exigencia de un deber como tal, por lo cual, debe evitar el resultado.

⁴²⁷ *Ibidem*, pág. 223.

⁴²⁸ Mezger, Edmund. Derecho Penal, parte general, ed. Cárdenas, Editores, México, 1985, pág. 189.

En cuanto a la culpa Mezger exige una abstracta relación psíquica del autor con sus actos, que normalmente no existe.

Culpabilidad es una cualidad de la acción concreta y un juicio sobre ella. Mezger considera como elementos de la culpabilidad, la atribución de dolo o de la culpa y la no existencia previa de causas que fundamentan la exclusión de la culpabilidad.

Mezger explica, que actúa sin culpabilidad quién no se pudo conformar con la norma por lo tanto, no se le puede reprochar su conducta.

La culpabilidad para Edmund Mezger es la suma de requisitos; los cuales permiten un reproche fundado en la personalidad, contra el autor del hecho punible y con ello fundar la desaprobación jurídica, fundada en la personalidad del sujeto activo del delito.

Mezger afirma que la imputabilidad, dolo y culpa aparecen formando a la culpabilidad.

Mezger, señala que la culpabilidad es una situación psicológica que por medio de una valoración se precisa, que ella es contraria al deber, por lo tanto reprochable. El objeto de valoración debe ser el dolo en cuanto relación de hecho. Con el juicio de culpabilidad se une el reproche en contra del autor, quién podría actuar de otra manera. Propone que la voluntad del autor sea comparada con el actuar medio y en la discrepancia, surge la valoración y la medida del juicio.

Mezger propone; es exigible al autor que reaccione de igual forma, que lo que se considera al carácter normal.

Por último, la medida del reproche estará dada no sobre la formación de la voluntad sino cómo se desarrolle la representación de los hechos del autor.

4.2.3. Teoría finalista.

Hans Welzel, Armin Kauffman, Reinhart Maurach, Hans Achenbach, Hans Streng, H. H. Jescheck, Günter Stratenwerth, Claus Roxin y Günter Jacobs. Son los principales exponentes del finalismo en Alemania. Analizamos sus principios y conceptos de la culpabilidad:

4.2.3.1. Hans Welzel.

Welzel es el precursor de la teoría de la acción final, en su obra "Derecho Penal Alemán", desarrolla el tema: "Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, acontecer final, no solamente causal". La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actitud, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo, puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin, y así lo sobredetermine formalmente.

Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no esta dirigido desde el fin, sino que es el

resultado causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso la finalidad es "vidente" y la causalidad "ciega"⁴²⁹.

Welzel señala: "Por eso con igual derecho designar "culpable" la voluntad de la acción; la culpabilidad es reprochabilidad de la configuración de la voluntad. Toda la culpabilidad, es, "culpabilidad de voluntad". Aquello respecto de lo cual el hombre actúa voluntariamente, puede ser reprochado como culpabilidad.

Solo puede ser culpable el individuo dotado de una voluntad ⁴³⁰.

Para Welzel ⁴³¹, son presupuestos de la reprochabilidad:

- a. El autor es capaz, atendiendo sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma (los presupuestos existenciales de la reprochabilidad: la imputabilidad).
- b. El está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuricidad de un propósito concreto (los presupuestos especiales de la reprochabilidad; la posibilidad de comprensión del injusto) ⁴³².

Welzel afirma: en la culpabilidad se encuentra al autor con una decisión para una acción antijurídica. El momento de la culpabilidad, en la acción final, se encontraba en la decisión de la voluntad por un valor bajo el desvalor que

⁴²⁹ Welzer Hans, Derecho Penal Alemán, op. cit. pág. 153.

⁴³⁰ Op. cit. pág. 198.

⁴³¹ Ibídem, pág. 201.

⁴³² Ibídem, pág. 201.

pertenecía entonces, al valor. La culpabilidad se mostraba como capacidad de inteligencia, desvalor de la acción, capacidad de voluntad, para decidir entre el valor y el poder.

Welzel, definió, a la culpabilidad como un reproche personal en contra del autor.

El Activo pudo omitir la acción antijurídica y, sin embargo, actuó, por ello la esencia de la culpabilidad esta en el poder del autor.

En la culpabilidad el defecto de capacidad en la formación de la voluntad es lo que será reprochable y esto es un requisito del reproche de culpabilidad, porque el autor pudo haber formado su voluntad conforme a la norma y el deber; siendo capaz de atribución e injusto.

Para Welzel, la culpabilidad es la reprochabilidad del hecho antijurídico individual, lo que se reprocha es la resolución de voluntad antijurídica en relación con el hecho individual; presupuesto de la reprochabilidad es la capacidad de autodeterminación; es decir, conforme a lo sentido por el autor: su capacidad de culpabilidad o imputabilidad.

4.2.3.2. Armin Kauffman.

Para Kauffman la culpabilidad es: acción culpable; en sentido estricto, culpabilidad es aquello que distingue a la acción del hecho que realiza el tipo penal objetivo ⁴³³.

⁴³³ Teoría de las normas, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 31.

Kauffman considera a la culpabilidad una virtud, no una pura relación de saber y entender, resume en 3 los elementos de la culpabilidad:

- a) Capacidad de culpabilidad (imputabilidad).
- b) Dolo y culpa.
- c) Exigibilidad.

Kauffman afirma, que el autor debe conocer el carácter ilícito de su acto; por lo tanto será posible hacerle un reproche de culpabilidad. Kauffman, demostró que la culpabilidad, es un fenómeno metafísico, por lo que, la culpabilidad se coloca sobre el hombre, de manera que a él se le pueda definir, como una esencia que pueda ser culpable.

La culpabilidad para Kauffman presenta una conciencia, una voluntad hacia el delito, en la cual el deber moral del hombre tiene un aspecto relevante. Kauffman, concibe a la culpabilidad como "libre y responsable decisión de la voluntad contra un reconocido deber moral y ético"⁴³⁴.

Armin Kauffman, señala: el reproche de culpabilidad será levantado cuando el autor se pudo dejar motivar por la norma y, sin embargo, no lo hizo⁴³⁵.

La reprochabilidad significa que están dadas las condiciones para el reproche. El reproche está dirigido a un sujeto que reprocha y a dos objetos; aquel que es reprochado y lo que se reprocha. El reproche significa que el orden

⁴³⁴ Teoría del Delito y de la Pena, op. cit. pág. 142.

⁴³⁵ *Ibidem*, pág. 163.

jurídico reprocha, al capaz de cumplir su deber, lo ilícito o injusto de un comportamiento. Este autor sostiene que es posible hablar de un reproche de culpabilidad. En este punto refiere a quien se hubiera podido motivar por la norma y que no ha cumplido con el deber. La falta del cumplimiento del deber es lo que se reprocha ⁴³⁶ .

Kauffman, observa: junto al desvalor del resultado y al desvalor de la acción, aparece el desvalor de la personalidad, junto al ilícito objetivo y el ilícito personal se agrega la culpabilidad, la culpabilidad es siempre reprochable, ya que el no cumplimiento del deber, por alguien capaz de hacerlo, conlleva siempre una relación valorativa con el derecho que se designa como "reprochabilidad".

Kauffman concluye: los requisitos de la reprochabilidad en los delitos de acción y de omisión no tienen ninguna diferencia y mantienen la capacidad de motivación normal, como la exigencia fundamental del reproche de culpabilidad ⁴³⁷ .

Por lo que respecta a los delitos de omisión dice: la capacidad, según la cual se conduce el conocimiento del deber, es fundamento particular de la voluntad, es un elemento propio de la culpabilidad.

La capacidad de motivación es también capacidad culpabilidad o de atribución ⁴³⁸ .

⁴³⁶ *Ibidem*, pág. 164.

⁴³⁷ *Ibidem*, pág. 165.

⁴³⁸ Utiliza la palabra atribución que autores como Bernard Shuenemann en la actualidad usan para denominar la culpabilidad (atribución).

4.2.3.3. Reinhart Maurach.

Maurach, parte de la premisa de considerar: que una acción típicamente antijurídica, tan sólo es relevante para el derecho penal si el juicio de desvalor sobre el acto se extiende también al autor ⁴³⁹.

El juicio de desvalor extendido del acto desvalorado del autor se designará, en general, como culpabilidad jurídico penal ⁴⁴⁰.

Maurach concibe la culpabilidad como “conjunto de presupuestos que derivan del hecho punible, un reproche personal frente al autor, como reprochabilidad de una acción antijurídica por la deficiencia de los procesos psíquicos causantes”. Aquella cualidad de la acción antijurídica que permite hacer al autor el reproche personal de no haberlo omitido, como falta de apego a un valor jurídicamente protegido y, en consecuencia, al orden valorativo del propio Derecho.

Maurach, considera que la culpabilidad presenta problemas para abarcar diversos casos, propone utilizar el término atribuibilidad.

Por atribuibilidad de una acción debe entenderse el juicio de que el autor, al cometer su acción típica y antijurídica del Derecho, la atribuibilidad de desvalor, no representa necesariamente también un juicio de reproche ⁴⁴¹.

⁴³⁹ Tratado de Derecho Penal I, ed. Ariel. Barcelona, 1962, pág. 12.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, pág. 13.

⁴⁴¹ *Ibidem*, pág. 33.

La atribuibilidad únicamente pone de relieve que el acto “debe ser atribuido al autor como suyo”. El modo como debe ser atribuido es cuestión distinta ⁴⁴²

Para Maurach el grado de atribuibilidad depende de los presupuestos de la reacción del juez penal. Maurach afirma: concebimos pues a la atribuibilidad como aquella relación jurídicamente desaprobada del autor con su acto típico y antijurídico, que ofrece la base de los distintos posibilidades de reacción del juez penal ⁴⁴³ .

El criterio para deslindar los dos escalones de la atribuibilidad son: Responsabilidad por el hecho y culpabilidad, analicemos estos elementos.

a) Reprochabilidad por el hecho.

De la comisión del injusto típico no resulta aún la responsabilidad por el hecho del agente. Responsabilidad por el hecho significa, deber responder, importa estar a resultas del acto. Pero responder, tan sólo se puede del “acto propio”, “propio” en tanto circunstancias objetivas del acto han permitido una motivación por parte del autor ... La desaprobación del autor, lleva implícita la responsabilidad la cual tiene el cometido no sólo de tender un puente entre acto y autor desvalorados, sino de realizar una comparación personal, esto es, una comparación entre el autor y el término medio de los restantes súbditos, descrito por el derecho positivo ⁴⁴⁴ .

⁴⁴² *Ibidem*, pág. 33.

⁴⁴³ *Ibidem*, pág. 34.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, pág. 35.

La simple desaprobación del autor no le basta. Exige además la formulación de un reproche del autor, la relación entre responsabilidad por el acto y culpabilidad es la misma a la que media entre desaprobación y reproche.

El reproche supone algo más que la simple desaprobación, requiere también algo más en el autor: exige del sujeto la capacidad de poder actuar conforme a derecho ⁴⁴⁵.

4.2.3.4. Hans Achenbach.

Hace una triple clasificación de la culpabilidad.

- a. Primer nivel. La idea de culpabilidad como rango constitucional, esto es el límite al poder del Estado.
- b. Segundo nivel. La culpabilidad como fundamento de la pena.
- c. Tercer nivel. La culpabilidad como medida de la pena ⁴⁴⁶.

Para Achenbach, la Teoría de la culpabilidad se basa en la prevención general positiva ⁴⁴⁷.

El sustento es la imputación objetiva que se puede deducir desde criterios sólo preventivos.

⁴⁴⁵ Ibidem. pág. 5.

⁴⁴⁶ Teoría de la Pena y la Culpabilidad, op. cit. pág. 167.

⁴⁴⁷ Ibidem, pág: 168.

Achenbach sostiene: no existe una culpabilidad real fuera de la imputabilidad social de responsabilidad.

Concluye: la prevención no aparece limitada por la culpabilidad; sino con un límite en sentido normativo ⁴⁴⁸ .

4.2.3.5. H. H. Jescheck.

Jescheck fundamenta junto con Maurach, Kauffmann y Welzel, la corriente que considera el juicio de culpabilidad como la valoración sobre la relación entre el autor y su hecho, es decir, decían que el hombre es libre, responsable moralmente y capaz en sí mismo.

Jescheck ⁴⁴⁹ realiza una separación entre antijuricidad y culpabilidad. Considera que el examen de la antijuricidad debe preceder a la culpabilidad la antijuricidad y la culpabilidad constituyen dos criterios materiales a cuyo tener se determina la punibilidad de una acción ⁴⁵⁰ . El examen de la antijuricidad significa que el hecho es estudiado en cuanto a su corrección objetiva desde el ángulo de la cualidad de la acción y del resultado (coincidencia con las normas del deber del ordenamiento jurídico). El injusto consiste en que el hecho contradice al derecho en sus elementos objetivos y subjetivos ⁴⁵¹ .

Jescheck sostiene: la culpabilidad consiste en que el autor se le achaca el hecho antijurídico porque la formación de la voluntad descansó en una

⁴⁴⁸ *Ibidem*, pág. 168.

⁴⁴⁹ Jescheck, Hans, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4a. edición, ed. Comares, Traducción José Luis Manzanares, pág. 383.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, pág. 383.

⁴⁵¹ *Ibidem*, pág. 383.

defectuosa actitud interna frente al Derecho ⁴⁵². El objeto del juicio de culpabilidad es el hecho antijurídico atendiendo a la actitud interna y jurídicamente desaprobada que en él se actualiza. Jescheck sostiene la postura: a el objeto del juicio de culpabilidad es la falta de actitud jurídica, no se diferencia en principio de otras técnicas conforme a las cuales habrá que buscar la culpabilidad en la "motivación", en el poder de la formación de la voluntad, o en la manifestación jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor, ya que estas definiciones sólo resultan imaginables sobre la base de una censurable postura ante el derecho ⁴⁵³.

El criterio de Jescheck, para sostener su teoría respecto de la culpabilidad es:

... " Se estima frecuente que el reproche de culpabilidad debe fundamentarse en el "poder" individual (para evitar algo). "Dafür Können" del autor. Se pregunta entonces si la persona que aparece en el tribunal como acusada estuvo en condiciones para actuar de otro modo, o sea, de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico. No cabe, sin embargo, dar una respuesta racional, pues esta presupondría que pudiera acreditarse la existencia de la libertad de la voluntad para un determinado y concreto hecho individual. Más bien, el único modo de formular con sentido la pregunta, sería el de inquirir si otro en la posición del autor hubiera podido resistir la tentación de ejecutar el hecho según el acerbo experimental de las disciplinas especializadas" ⁴⁵⁴.

⁴⁵² *Ibidem*, pág. 384.

⁴⁵³ *Ibidem*, pág. 385.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, pág. 386.

... "Si se quisiera tomar al autor individual como baremo de su culpabilidad, la conclusión tampoco sería aceptable desde la perspectiva político-criminal. Ello tendría como consecuencia que mientras más pobre de carácter fuera una persona, habría de estimar menor el grado de su culpabilidad en relación, precisamente, con los animales más peligrosos, porque le falte absoluta vinculación con la comunidad. La negación plena del reproche de culpabilidad, viendo así que el ordenamiento jurídico no puede eludir la exigencia de un mínimo es fuerza de la voluntad si, en definitiva ha de ser mantenido por normas (en lugar de la coacción inmediata). La comunidad no puede conformarse con que el autor se ajuste a sus propios criterios en la realización del hecho. La individualidad del delincuente no impide al derecho penal demandarle lo que otro podría hacer en la misma situación. Ahí radica la esencia de la imputación objetiva"⁴⁵⁵.

Jescheck asevera que solo sirve de módulo para el juicio de culpabilidad un poder medio. Es decir, debe tener el poder que la comunidad jurídica espera en circunstancias normales. Para ello, no cabe atender al hombre sin más, sino a un "hombre a medida vinculado a los valores jurídicamente protegidos", que debe ser imaginado como igual que el autor en edad, sexo, profesión, características corporales, facultades psíquicas y experiencia vital. Sólo ahí se encuentra la necesaria concreción de la culpabilidad.

Por último, para este autor la culpabilidad esta compuesta por:

⁴⁵⁵ *Ibidem*, pág. 386.

1º. Capacidad de culpabilidad, que es la salud mental y psíquica del autor adulto.

2º. Conciencia de la antijuricidad. Quién con pleno conocimiento de la prohibición decide realizar el hecho, revela una actitud frente al Derecho especialmente merecedora de desaprobación, por el contrario cuando concurre un error de prohibición, no cabe sancionar al autor si el error fuere invencible

⁴⁵⁶.

4.2.3.6. Claus Roxin.

Roxin es considerado en la actualidad como un post-finalista, debido a sus estudios y aportaciones a la teoría del Delito.

Claus Roxin, en su libro "la culpabilidad y prevención en Derecho Penal", dice:

... "En la actual ciencia del derecho penal se discute vivamente la cuestión de si la pena se puede justificar por la culpabilidad del delincuente. La tesis más radical, partidaria de suprimir por completo el concepto de pena, se basa en la siguiente premisa: la culpabilidad supone que el delincuente hubiera podido actuar de un modo distinto a como lo ha hecho; pero una libertad de voluntad, de esta clase no existe o, como todo el mundo reconoce, no se puede demostrar científicamente; aunque existiera en abstracto, no se podría demostrar en todo caso con seguridad si un delincuente concreto puede actuar de modo distinto en el momento de cometer el delito. Y puesto que no es posible demostrar la existencia de la culpabilidad y dado que no se pueden

⁴⁵⁶ Ibídem, pág. 387.

derivar deducciones científicas de premisas indemostrables, tampoco se puede trabajar con el concepto de culpabilidad. Concluye: ... si la pena es la respuesta a una conducta culpable la indemostrabilidad de la culpabilidad lleva consigo (coipso), la supresión de la pena"⁴⁵⁷ .

Esta reflexión que realiza Claus Roxin, nos lleva a preguntarnos lo que Gimbernat Ordeguin dice: ¿tiene un futuro la dogmática jurídico penal?

Roxin, parte de la teoría Neo-Kantiana, ya que desarrolla un sistema teleológico, sostiene que la base del sistema está en la idea del fin, especialmente del fin de la política criminal. Roxin; propone la idea de una vuelta al pensamiento política criminal, como objeto de interés científico y desde ahí su influencia sobre la dogmática penal.

Lo más destacado de la teoría de Claus Roxin, es que oriente las categorías del delito al deber ser de la política criminal.

Roxin, cambia la denominación de culpabilidad por responsabilidad; es decir, examina si el autor de una conducta antijurídica es merecedor de una pena.

Roxin al analizar la teoría clásica, o causalista normativa, encuentra que la culpabilidad se muestra como la capacidad de actuar a la norma. Este autor considera, hemos de buscar el concepto material de culpabilidad.

⁴⁵⁷ Ed. Reus, S.A., Traducción de Francisco Muñoz Conde, Madrid, 1981, pág. 41.

El postulado del prestigiado jurista alemán, parte; "Que los principios político-criminales de la teoría del fin de la pena sustentan la categoría sistemática que comúnmente se denomina culpabilidad"⁴⁵⁸.

Roxin sostiene; ... "los intentos por separar y oponer las categorías sistemáticas injusto y culpabilidad han resultado, en efecto, inconsistentes todas ellas ... los conceptos tales como el objetivo y lo subjetivo, el deber y el poder, lo general y lo individual, el desvalor de la acción y el desvalor de la actitud interna, sólo abarcan fragmentos parciales de la problemática y no pueden comprender la totalidad de los fenómenos que deben incluir sistemáticamente estas en estas categorías"⁴⁵⁹.

Roxin afirma: "puede ser a mi juicio, un punto de partida teleológico, político criminal: mientras que el tipo establece las tablas legales (es decir, prohibiciones fundamentales a modo de anunciar para todos los ciudadanos a efecto de prevención general y la antijuricidad designa la conducta correcta en casos de conflicto, el siguiente grado del delito hace referencia a la cuestión de si es necesaria una sanción contra el autor concreto desde puntos de vista jurídico penales"⁴⁶⁰.

Claus Roxin considera: no es muy adecuado el término culpabilidad para designar la categoría sistemática en estudio, pues habría problemas para equiparar la culpabilidad a la necesidad de una sanción penal.

⁴⁵⁸ Culpabilidad y Prevención en el Derecho Penal, pág. 70.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, pág. 70.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, pág. 70.

Para Roxin, lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico - penales, quiere hacer responsable al autor de su actuación ⁴⁶¹ .

El pensamiento de Roxin, lo podemos sintetizar: "El injusto decide sobre el problema de si a la ley del Derecho Penal una conducta es o no ajustada a las reglas; en cambio la categoría de la responsabilidad responde desde puntos de vista político-criminales a la cuestión de la necesidad jurídico-penal de sancionar en el caso concreto". Pues el legislador como el juez que interpreta su voluntad, - sólo puede deducir esa respuesta de los postulados de la teoría del fin de la pena"⁴⁶² .

Para Roxin "El grado de responsabilidad es, por tanto, el ámbito en que la política criminal referida al autor penetra directamente en la dogmática del Derecho Penal.

Roxin piensa: en la actualidad la concepción dominante, de modo casi general, en que solo cabe imponer una pena cuando ello sea imprescindible por razones de prevención especial o general para mantener el orden social pacífico.

Roxin explica con ejemplos la dogmática de la culpabilidad:

"La dogmática penal de la culpabilidad en el llamado estado de necesidad disculpante. Si alguien realiza un tipo de injusto para salvar a un persona allegada, desde el punto de vista indeterminista habrá que afirmar que hay

⁴⁶¹ *Ibidem*, pág. 71.

⁴⁶² *Ibidem*, pág. 72.

posibilidad de actuar de otro modo, y en ese sentido, por tanto, que también hay culpabilidad. Pero a pesar de ello, el legislador deja impune al autor por consideraciones político - criminales sobre el fin de la pena; a los efectos de prevención especial es innecesaria una sanción porque el autor está totalmente integrado socialmente y sólo la extraordinaria situación le ha llevado a realizar esa acción que también presenta una disminución esencial del injusto a causa del resultado salvador; y las razones de prevención general tampoco exigen una pena porque la infrecuencia de tales situaciones, que la mayoría de las veces no admite comparación en el caso concreto, hace que resulta superfluo sancionar en atención a la generalidad la desviación de la conducta regular deseada, y porque sencillamente sería difícil que, si alguno vez el hombre medio no preparado para la actuación en peligro se viera dentro de una situación así, reflexionara sobre la norma y se pudiera motivar ella"⁴⁶³ .

Roxin, apunta: "Creo pues, que la teoría del fin de la pena explica sin dificultad por qué el legislador a veces castiga y a veces prescinde de la sanción pese al poder general de actuar de otro modo y pese a la culpabilidad que por ello existe; porque, aun dando por supuesta la posibilidad de culpabilidad humana, hace defender la responsabilidad jurídica - penal de consideraciones preventivas"⁴⁶⁴ .

4.2.3.7. Günter Jacobs.

Se ubica a Jacobs, dentro de los juristas que consideran a la culpabilidad como un concepto funcional. Es decir, la culpabilidad no se basa en la libertad del hombre, la cual la ponen en duda, no parten de la acción, sino que ven a la

⁴⁶³ *Ibidem*, pág. 73.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, pág. 74.

culpabilidad como un concepto funcional, por un lado, y desde la perspectiva utilitarista por otro, teniendo como fundamento la prevención general positiva.

Jacobs fundamenta su doctrina en un concepto funcional de la culpabilidad basado en parte en la teoría de la prevención general.

Jacobs, resalta la caracterización del autor en la culpabilidad. Que la pena será impuesta con el fin de conservar la fidelidad general de la norma.

Para Günter Jacobs la pena funciona con el fin de estabilizar el orden jurídico, alterado por la acción del autor que actuó con un defecto en la motivación⁴⁶⁵.

Para Jacobs, esta falta de motivación aparece en todos los estratos del delito.

Por ejemplo:

En la acción típica y antijurídica el centro del sistema es la acción del autor, en el supuesto de que no aparezcan motivos suficientes que permitan evitar su acción ilícita. La existencia de una acción estará atada al poder de motivación del autor, ya que la acción es sólo tomada como contenido de dolo y culpa⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Donna, Edgardo, op. cit. pág. 186.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, pág. 186.

En la antijuricidad se carece del contenido de la motivación y ella se funda en una falta de fidelidad al derecho. Jacobs, hace una distinción entre norma y el reconocimiento de ella ⁴⁶⁷.

Jacobs, sostiene que solo se requiere la posibilidad de conocimiento de la norma ⁴⁶⁸, si el injusto aparece, lo decisivo es la fidelidad al derecho, y esto es contenido de culpabilidad.

La capacidad de culpabilidad analiza si el autor pudo separarse de la acción antijurídica; Jacobs, apunta; para medir esto se debe apreciar el sistema psicofísico del autor que se debe formar en el concepto de acción, se debe ver si la acción es cosa del autor como algo propio de él, de esta forma Jacobs une el problema de la motivación (culpabilidad), al de la precisión de los deberes del autor.

Jacobs apunta: para determinar la culpabilidad se debe establecer como la precisión social, puede ser atribuida o cargada a la culpabilidad del autor, como molestias tanto de la sociedad como de terceros, por el hecho de vivir en sociedad. Para Jacobs, la forma de definir la culpabilidad depende en gran medida de la Constitución de la sociedad o del sistema social ⁴⁶⁹.

Jacobs sostiene: el concepto de culpabilidad es formal, de manera que sólo la finalidad da contenido a la culpabilidad ⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, pág. 187.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, pág. 187.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, pág. 187.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, pág. 187.

El fin es el reconocimiento de la norma, pero la determinación de la culpabilidad implica definir a quién le corresponde cargar con el conflicto.

De manera que imputación y culpabilidad son un procedimiento por el cual "se aísla de entre las condiciones dadas correspondientes al hecho que defrauda la esperanza, una que se constituye en la única jurídica y penalmente relevante, la falta de motivación ⁴⁷¹ .

La imputación del hecho como culpable, como se ha visto, es sólo necesaria cuando la lesión no puede ser absorbida por la norma. Para Jacobs la finalidad es, por tanto, solamente lo que santifica la imputación de un comportamiento contrario a la norma a título de culpabilidad ⁴⁷² .

De ahí que Jacobs afirme que el principio de culpabilidad aparece como derivado de la prevención general.

⁴⁷¹ *Ibidem*, pág. 188.

⁴⁷² *Ibidem*, pág. 188.

CAPITULO V

CULPABILIDAD EN LA TEORIA FINALISTA

Después de hacer un estudio de la Estructura del Delito en el sistema causalista y finalista, estudiado el pensamiento de los principales exponentes de ambas corrientes, corresponde estudiar el elemento del delito más debatido, ya que tocamos terrenos de la subjetividad, la culpabilidad.

La teoría finalista utiliza el concepto normativo de culpabilidad e indica los caminos para determinar el Juicio de Reproche.

El Dr. Raúl Zaffaroni ⁴⁷³, da un concepto general de culpabilidad: "Es la reprochabilidad del injusto al autor", y reflexiona preguntándose: ¿qué se reprocha?, el injusto, ¿porqué se le reprocha?, porqué no se motivo con la norma. ¿porqué se le reprocha no haberse motivado en la norma?, porque le era exigible que se motivase en ella. Un injusto, es decir, una conducta típica y antijurídica, es culpable, cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta porque no se motivo en la norma, siéndole exigible, en las circunstancias en que actuó, que se motivase en ella.

Al no haberse motivado en la norma cuando podía y le era exigible que lo hiciera, el autor muestra una disposición interna contraria al derecho ⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Zaffaroni, Raúl, op. cit. pág. 543.

⁴⁷⁴ Op. cit, pág. 543.

De la consideración hecha por Zaffaroni, podemos afirmar que en la teoría finalista sigue fundándose la culpabilidad en la Teoría normativa.

Si partimos de la premisa utilizada por Enrique Bacigalupo ⁴⁷⁵ ... “La culpabilidad, constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma”. Lo medular de este punto es determinar cuales son esas condiciones, ya que dependerá de la posición que se adopte respecto de la pena.

5.1. TEORIAS SOBRE LA PENA.

Antes de profundizar en la naturaleza de la culpabilidad, es importante analizar las diversas teorías sobre las penas por su íntima relación con la culpabilidad.

Existen tres corrientes en cuanto a las penas:

- Teorías absolutas.
- Teorías de la prevención especial.
- Teorías de la prevención general.

⁴⁷⁵ Manual de Derecho Penal, op. cit. pág. 147.

5.1.1. Teoría Absoluta.

Esta teoría sobre la pena, busca como condición de la responsabilidad, elementos que permitan fundamentar una responsabilidad ético - jurídica del autor.

La teoría Kantiana del derecho se basa en la metafísica de las costumbres, entendiendo la metafísica como la forma de conocimiento racional pura. El conocimiento a priori que se deriva del intelecto puro y de la razón pura.

Kant, fundamenta el castigo, argumentando la igualdad como balanza de la justicia. Por lo tanto, cualquier daño inmerecido que se ocasiona a otra persona, se lo ocasiona la propia persona que lo hace. De ahí que la ley del Talión ofrece la garantía más segura para aplicar una pena. Kant, asevera " ... La Ley penal es imperativo categórico; y desdichado aquel que se arrastra por el tortuoso sendero eudemonista, para encontrar algo que, por ventaja que se puede obtener descargarse del culpable, en todo o en parte, de las penas que merece según el proverbio farisaico ⁴⁷⁶ .

Kant, sostiene la teoría retribuista de la pena, en Kant, no hay idea de resocialización, sino de una base o fundamento de la pena, en el ojo por ojo y diente por diente.

⁴⁷⁶ Cfr. Rivacoba y Rivacoba, Manuel, Prologo a la obra de Von Liszt, La Idea del Fin, en el Derecho Penal, citado por Donna, op. cit. pág. 20.

5.1.2. Teoría De La Prevención Especial.

Para Liszt ⁴⁷⁷ la pena es en su origen una acción instintiva, no puede ser la pena, expresión de un juicio valorativo de quién castiga, no puede tener su origen en una acción del castigado, reconociéndolo como inmoral. La acción instintiva no tiene que ver nada con la ética. El origen de la pena puede y deber ser, pues, desvinculada de la ética, sin necesidad, por ello, de que ésta sea negada o repelida.

Las teorías de prevención especial utiliza elementos que permiten fundamentar un pronóstico sobre la conducta asocial del autor. Estas teorías han introducido un elemento caracterológico de la culpabilidad en el concepto "Etico-jurídico", que procura expresar "la relación de la acción con la total personalidad del autor.

5.1.3 Teoría De La Prevención General.

5.1.3.1. Teoría de Von Feverbach.

Fundamenta su doctrina en que el Estado es una sociedad civil organizada constitucionalmente mediante el sometimiento a una voluntad común, siendo su principal objetivo la creación de la condición jurídica, es decir, la existencia conjunta de los hechos conforme a las leyes del derecho. De ahí que toda lesión jurídica va a contradecir el objetivo del Estado. Por lo tanto el Estado debe buscar mecanismos para evitar lesiones jurídicas.

⁴⁷⁷ Op. cit. pág. 20.

Para Feberbach, la pena tiene como objetivo la conminación de un castigo concluye: "...la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que el objetivo mediato (o final) de la aplicación es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley.

5.1.3.2. La Prevención General Positiva (Teoría de Claus Roxin).

Claus Roxin, en su obra Sentido y Límite de la Pena, en "Problemas Básicos de Derecho Penal", sostiene: "Que el derecho penal enfrenta al individuo de tres formas: amenazando, imponiendo y ejecutando penal, y como es obvio, estas tres esferas de actividad necesitan su justificación".

Para Roxin las conminaciones penales sólo están justificadas si tienen en cuenta la doble restricción que encierra el principio de protección subsidiaria de prestaciones y bienes jurídicos. En este ámbito, el fin de las disposiciones es de prevención general: Roxin considera, para aumentar cualquier tipo de problemas, el límite de la pena es sin duda la culpabilidad del autor, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad.

Lo trascendente en la Teoría de Claus Roxin, es que la culpabilidad es independizada del concepto de libre albedrío de manera tal que el concepto de culpabilidad, que en cuanto realidad experimental no se puede discutir, tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su protestad penal en intereses de la prevención general especial más allá de lo que corresponde como libre y capaz de culpabilidad.

Para Roxin la eficacia del derecho penal es cuando la imposición de la pena sirve para la protección subsidiaria y preventiva - tanto general como

individual - de bienes jurídicos y de prestaciones estatales mediante un procedimiento que salvaguarde la autonomía de la personalidad y que, al dictor de la pena, este limitado a la medida de la culpabilidad ⁴⁷⁸ .

En la moderna teoría del delito ha sido muy acogida esta postura entre otros Jacobs, Achenbach y Streng.

Después de analizar de las diversas doctrinas sobre la pena, realizamos un estudio sobre culpabilidad del acto y culpabilidad del autor.

Señala el Dr. Moisés Moreno: "como posiciones antitéticas de la "culpabilidad del acto" y de "culpabilidad de autor", según que el juicio de reproche se haga al autor por un acto típico y antijurídico (injusto) o por una personalidad; lo que en cierta medida se corresponde con un derecho penal de acto y un derecho penal de autor"⁴⁷⁹ .

5.2. CULPABILIDAD DEL ACTO O POR EL HECHO.

Zaffaroni, en su manual de Derecho Penal sostiene ... "Lo que se reprocha al hombre en su acto, en la medida de la posibilidad de autodeterminación que tuvo en el caso concreto" ⁴⁸⁰ .

⁴⁷⁸ Cfr. Roxin, Sentido y Limite de la Pena, Problemas Básicos del Derecho Penal, pág. 31.

⁴⁷⁹ Homenaje a Hilde Kauffmann, El Poder Penal del Estado, Dr. Moisés Moreno, ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 398. En el mismo sentido Enrique Bacigalupo, Lineamientos de la Teoría del Delito.

⁴⁸⁰ Manual de Derecho Penal, op. cit. pág. 551.

Se le reprocha lo que el hombre hizo. Moisés Moreno ⁴⁸¹ considera que el juicio de reproche no se formula en función de un hecho cualquiera, sino de un hecho con ciertas características; contrario a la norma específica del Derecho Penal (típico) y contrario al ordenamiento jurídico en su totalidad (antijurídico), afirma sino se dan esas características no hay juicio de reproche.

Este juicio de reproche se da a una persona determinada por hechos propios, es decir, es un juicio personal, lo cual es una garantía para el hombre.

5.3. CULPABILIDAD DEL AUTOR.

En esta doctrina se le reprocha al hombre no lo que hizo, sino lo que es ⁴⁸² "su personalidad", han existido diversas teorías sobre la culpabilidad del autor, también llamada de "personalidad del carácter; de la decisión de la vida y de la conducción de la vida".

1. Para la culpabilidad de carácter o de disposición Moisés Moreno asevera "Es la carencia de actitud social que el autor expresa en la realización del hecho, es decir, un defecto en el carácter. Schimidt, afirma "la culpabilidad es tanto más grave cuanto más peligroso es el autor y cuando más antisocial nos parece su carácter ⁴⁸³ .
2. Para la culpabilidad por la conducción de la vida, el hombre se responsabiliza no sólo por la disposición al delito, sino porque se estima que el delito "es el resultado del modo en que el sujeto condujo su vida y

⁴⁸¹ Op. cit. pág. 398.

⁴⁸² Zaffaroni, op. cit. pág. 551.

⁴⁸³ Moreno Moisés, op. cit. pág. 399.

la culpabilidad es en realidad el reproche a esta conducción de la vida del individuo ⁴⁸⁴ .

Welzel, dice: “ ... El objeto primario de reproche de culpabilidad es la voluntad y sólo a través de ella también toda la acción”.

“Culpabilidad es la reprochabilidad de la configuración de la voluntad. Culpabilidad es voluntad (culpabilidad por hecho)”⁴⁸⁵ .

5.4. CULPABILIDAD FINALISTA.

A. Capacidad de culpabilidad (imputabilidad).

1. El autor debe ser capaz de comprender su acto.
2. Debe poderse motivar por la norma y actuar conforme a Derecho.
3. Que exista alguna Inimputabilidad.
 - a. Minoría de edad.
 - b. Enajenación mental.
 - c. Trastorno mental transitorio.

⁴⁸⁴ Op. cit. pág. 399. En el mismo sentido Mezger, Kolrausch, Exner, Kollman y Welzel en diversos estudios de Derecho Penal.

⁴⁸⁵ Op. cit., Cfr. Homenaje a Hilde Kauffmann, Moisés Moreno, pág. 399.

4. Actio liberae in causa.

B. Posibilidad de conocer la antijuricidad.

1. No se conoce si se presenta un error de prohibición.
2. Vencible; atenúa la culpabilidad.
3. Invencible; borra la culpabilidad.

C. Causas de inculpabilidad, excluyen la culpabilidad.

1. Estado de necesidad disculpante.
2. Coacciones.
3. Miedo insuperable.
4. No exigibilidad de otra conducta.

5.4.1. Elementos de la Culpabilidad.

El juicio de desvalor que recae sobre la actitud interna del autor, con respecto al Derecho, no se formula de manera general, atendiendo a la impresión conjunta de la personalidad, sino que descansa en la comprobación de los elementos de la culpabilidad previstos por la ley ⁴⁸⁶. Para Bacigalupo, la culpabilidad se funda en la posibilidad de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal y en la capacidad de motivación ⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ Jescheck, op. cit. pág. 387.

⁴⁸⁷ Bacigalupo, op. cit. pág. 75.

Los elementos de la culpabilidad en la teoría finalista, se han modificado substancialmente, ya que dolo y culpa pasan a formar parte de la tipicidad, y la culpabilidad queda como mero juicio de reproche (valoración).

Para Gladys Romero, los elementos de la culpabilidad son:

- Comprensión de la criminalidad del acto que se realiza.
- Posibilidad de motivarse por la norma y actuar según su comprensión.

Para Jescheck ⁴⁸⁸, los elementos de la culpabilidad son:

- Capacidad de culpabilidad.
- Conocimiento de antijuricidad.

5.4.1.1. Capacidad de culpabilidad, (imputabilidad).

La imputabilidad penal significa capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y la capacidad de actuar o de determinarse conforme a dicha comprensión ⁴⁸⁹.

Para la teoría finalista, imputabilidad es, capacidad de culpabilidad, entendida como capacidad del autor: 1. Para comprender lo injusto del hecho, y 2. Para determinar su voluntad conforme a esa comprensión. La

⁴⁸⁸ Jescheck, op. cit. pág. 387, En el mismo sentido, Bacigalupo; Santiago Mir Puig, Enrique Gimbert, Zaffaroni, Moisés Moreno, algunos tratadistas le agregan exigibilidad.

⁴⁸⁹ Cfr. Gómez Benítez, José Manuel. Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General ed. Civitas, 1987, pág. 456.

imputabilidad⁴⁹⁰, es vista como elemento de la culpabilidad, junto con el conocimiento de la antijuricidad.

Para Bustos Ramírez,⁴⁹¹ la imputabilidad es un juicio de incompatibilidad de la conciencia social de un sujeto en su actuar frente al ordenamiento Jurídico.

5.4.1.2. Teoría de la Motivación.

Un grupo de juristas pretende encontrar la base de la imputabilidad penal, no tanto en la libre determinación de la voluntad, sino en la capacidad de motivación del sujeto por las normas penales. Si partimos de este criterio, la idea no sería constatar la libertad de autodeterminación del sujeto, para así castigarlo con una pena, sino lo relevante es constatar la motivabilidad del mismo para así poder ejercer mediante normas y penas una prevención de delitos.

Enrique Bacigalupo⁴⁹², afirma que la primera condición de la capacidad de motivarse por el derecho penal es la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico penal del hecho cometido.

Günter Stratenwerth⁴⁹³ por su parte considera que el primer presupuesto de todo reproche de culpabilidad es que el autor, en el momento del hecho, haya sido capaz de obrar responsablemente.

⁴⁹⁰ Recuérdese que en la teoría clásica, la imputabilidad en su generalidad era comprendida como presupuesto de la culpabilidad.

⁴⁹¹ Bustos Ramírez, Juan, op. cit. pág. 381.

⁴⁹² Bacigalupo, Enrique, op. cit. pág. 153.

⁴⁹³ Stratenwerth, Günter, op. cit. pág. 165.

Con justa razón, Stratenwerth ⁴⁹⁴ escribe, la fórmula, según la cual la culpabilidad se refiere a la libertad del autor de determinarse de acuerdo con lo jurídicamente debido no debe originar el malentendido de que tal libertad pueda ser realmente comprobado. La culpabilidad individual se escapa del juicio de un tercero, nadie tiene la posibilidad de “irrumper” en la individualidad y en la situación ajena para verificar si el autor podría haberse determinado dentro del ámbito de libertad restante desde el punto de vista de otro.

Por último, la amenaza de una norma y pena, es imprescindible que se dirija hacia sujetos motivables por la misma.

El Derecho Penal pretende motivar (coactivamente) a la no realización de hechos delictivos.

La imputabilidad para la teoría finalista ⁴⁹⁵ significa la capacidad de motivación para la norma penal, la nota distintiva de esta teoría, estriba en que la imputabilidad se dirigiera, a encontrar las posibles causas de la alteración de esa capacidad motivacional.

5.4.1.3. Causas de Inimputabilidad.

5.4.1.3.1. Artículo 15 Fracción VII.

En este artículo se señala ... “Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de

⁴⁹⁴ *Ibidem*, pág. 164.

⁴⁹⁵ En la Teoría clásica, se enfocaba a descubrir si el sujeto era libre o no, de actuar conforme o en contra del derecho.

conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible ⁴⁹⁶ .

5.4.1.3.2. Minoría de Edad ⁴⁹⁷ .

En nuestro sistema penal, la minoría de edad es a partir de los 18 años, la edad es sólo un parámetro, más que una falta de comprensión de la norma, toda vez que pueda existir menores de 18 años imputables y mayores de 18 años inimputables.

Los menores de edad penal son considerados inimputables plenos, por lo tanto, incapaces de culpabilidad.

5.4.2. Conocimiento Potencial de la Antijuricidad ⁴⁹⁸ . (Conocimiento del Injusto).

La conciencia de la antijuricidad no es contenido del dolo, sino de la culpabilidad. Después de constatar la imputabilidad del sujeto activo, debemos buscar las condiciones para poder emitir el juicio definitivo de imputación objetiva.

Es de notarse como señala Gómez Benítez ⁴⁹⁹ , que no se alude a las formas de culpabilidad, ni por tanto, a su ausencia o presencia, sino sólo a la

⁴⁹⁶ Reforma publicada en el Diario Oficial, el 10 de enero de 1994, y entro en vigor el 1º de febrero de 1994. Esta descripción incluye la libertad en su causa.

⁴⁹⁷ Sobre el particular cfr Díaz Palos, Fernando, Teoría General de Imputabilidad, pág. 169 y 55, así como Reyes Echendia, Imputabilidad.

⁴⁹⁸ La conciencia de lo injusto ha variado conforme ha evolucionado la teoría del delito. Los causalistas incluían el dolo en la culpabilidad, ya sea como forma o elemento de ella, es decir, era dolo malo, pues estaba referido al conocimiento de los aspectos fácticos como jurídicos del Hecho. En la actualidad el dolo es natural y esta en el tipo subjetivo.

existencia de inculpabilidad o de culpabilidad plena o disminuida. La culpabilidad no tiene, pues, formas o clases, sino grados: la culpabilidad es graduable según se haya podido conocer la antijuricidad del hecho o no; si se conoció, hay culpabilidad plena; si no se conoció hay un error de prohibición, este error la puede hacer, bien que no exista culpabilidad (invencible), o bien que la culpabilidad sea menor (vencible).

Gómez Benítez ⁵⁰⁰ concluye: “Además de la imputabilidad del sujeto, el juicio de culpabilidad se somete a la condición de que el sujeto pudiese conocer la antijuricidad del hecho realizado. Los casos de error de prohibición afectan, pues, a la culpabilidad y no a sus formas (dolo y culpa) que no se reconocen. El error de prohibición presupone que el sujeto ha actuado dolosamente (dolus naturalis, como elemento del tipo). Los únicos casos que producen la ausencia de dolo son los que versan sobre el tipo”.

5.4.2.1. Error de prohibición.

Para realizar este estudio debemos partir de los mismos fundamentos del error de tipo, es decir, el conocimiento de la antijuricidad no pertenecen al dolo sino que es, precisamente el motivo por el cual se reprocha el dolo al agente.

El dolo es un elemento del tipo (subjetivo) y el conocimiento de la antijuricidad pertenece a la culpabilidad.

⁴⁹⁹ Gómez Benítez, op. cit. pág. 486.

⁵⁰⁰ Op. cit. pág. 487.

5.4.2.2. Clases de Error de Prohibición.

- a) Error directo de prohibición; versa sobre la existencia de la norma penal, o sobre su vigencia o aplicabilidad.**

- b) Errores indirectos de prohibición; versas sobre la existencia jurídica de una determinada causa de justificación o sobre sus límites jurídicos.**

5.4.3. Causas de Inculpabilidad.

Según la forma sistemática hasta este momento estudiada, no procede investigar sobre la exigibilidad como condición de culpabilidad. Está condicionada sólo a la imputabilidad y al conocimiento potencial de la antijuricidad. Las denominadas causas de inexigibilidad o de exclusión de la culpabilidad, son en realidad causas de justificación.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La dogmática penal debe ser una ciencia práctica, teniendo como función determinar en cada caso el fundamento legal, para resolver un hecho concreto, ante los Tribunales.

SEGUNDA: El sistema de derecho penal se funda en la culpabilidad por la comisión del hecho ilícito, esta debe ser una valoración sobre un hecho aislado y concreto y no un juicio sobre la culpabilidad del autor.

TERCERA: En un Estado de Derecho, el injusto penal y culpabilidad, deben ser los dos grandes presupuestos de la punición, ya que su función es constituir un límite a la función del Estado.

CUARTA: Problemática de causalismo y finalismo:

El causalismo y el finalismo coinciden en estructurar el delito en tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, sólo varían el contenido de cada elemento.

QUINTA: En el causalismo, el dolo y culpa se encuentran en el mismo nivel; la distinción entre uno y otro se establece al llegar a la culpabilidad.

SEXTA: El finalismo distingue el delito doloso y el culposo, abriendo en dos hemisferios su estudio. La causalidad entre comportamiento y resultado, debe examinarse en el tipo objetivo: Si el autor quiso el resultado habrá tipo doloso; si no, habrá a lo sumo culpa.

SEPTIMA: El dolo para la teoría causalista es un dolo malus, es decir, se compone de conocimiento y voluntad de los elementos del tipo y conciencia de antijuricidad, en cambio para la teoría finalista el dolo es neutro incorporado a la tipicidad.

OCTAVA: Nada nuevo aporta la teoría finalista, ya que no abandona la tradicional tripartición: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, no introduce nuevos datos, sólo los reestructura entre los diversos estratos.

NOVENA: El nacimiento de la teoría psicológica de la culpabilidad, rompe la vieja concepción de la responsabilidad objetiva; y el problema de enfocar la responsabilidad hacia el hombre, más que, al resultado de su comportamiento.

DECIMA: En la teoría psicológica de la culpabilidad que existe acción-culpable, en el caso de estado de necesidad o en cualquier causa de justificación, en todas obra el nexo psicológico.

DECIMA PRIMERA: El problema principal que enfrenta la teoría psicológica es la llamada culpa inconsciente, toda vez, que no existe nexo psicológico entre activo y su hecho, siendo esto la base o fundamento de su estructura.

DECIMA SEGUNDA: Un problema que enfrenta la teoría psicológica, es que la culpabilidad tiene como contenido al dolo y culpa, es decir, el dolo y culpa, son culpabilidad. Siendo un grave error, ya que la culpa también sería “resultado antijurídico querido”, lo que no se puede admitir, porque sería dolo.

DECIMA TERCERA: La palabra culpabilidad, no es un término feliz, ya que deriva de culpa, y ésta es sólo una postura psicológica del delito, siendo la más característica el dolo, por lo que debería ser dolosidad. Es erróneo el concepto, ya que la idea de culpa se reduce a eventos involuntarios.

DECIMA CUARTA: Del análisis de la Teoría Finalista, se infiere que si hay conducta (hecho o acción); si esa conducta está descrita en el precepto legal o sea, es típica; y si es antijurídica porque no se encuentra amparada por una causa de justificación, es ineludible indagar, además si es culpable. Los tres elementos tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, son los presupuestos de la pena.

DECIMA QUINTA: En el dolo y la culpa, encuentran los psicólogos un querer y una relación psíquica entre el sujeto y el hecho realizado por él, la diferencia radica en: En el dolo el agente quiere el resultado, en el segundo no lo quiere. Siendo evidente que los conceptos dolo y culpa carecen de elemento común. El dolo está caracterizado por la voluntad de su autor, en tanto que en la culpa, no se puede establecer una conexión psicológica entre la voluntad y el resultado de su acción.

DECIMA SEXTA: Para la teoría finalista los inimputables actúan con dolo, ya que necesitan solo el querer, el conocimiento de la antijuricidad es elemento de la culpabilidad; el dolo se ubica en el tipo subjetivo, como dolo neutro.

DECIMO SEPTIMA: El concepto de culpabilidad es una regulación según la exigencia del fin de la pena, para una sociedad con una precisa constitución. El problema del libre albedrío y determinismo ha sido superado: El fin de la pena tiene un mejor soporte de la culpabilidad.

DECIMO OCTAVA: La culpabilidad entendida como juicio de reproche, predomina en el causalismo y finalismo, en la actualidad se le ha tratado de dar otro matiz, con el fin de la pena como fundamento, al poner en tela de juicio, la valoración del juicio de reproche.

DECIMO NOVENA: La culpabilidad en la teoría finalista tiene sólo como elementos a la imputabilidad y conocimiento de la antijuricidad.

VIGESIMA: La capacidad de culpabilidad (imputabilidad) es capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y la capacidad de actuar o determinarse conforme a dicha comprensión.

VIGESIMA PRIMERA: Estudiar la culpabilidad en el causalismo y finalismo, la fue con el objeto de tener un panorama de la culpabilidad, ambos sistemas tienen aciertos y fallas; en última instancia llegan a lo mismo, por caminos diversos. Debemos de crear un sistema propio a nuestro derecho penal mexicano. En la reforma penal del 1º de febrero de 1994, tenemos marcada tendencia finalista: El Art. 7, párrafo segundo calidad de garante, en diversos artículos 15,16 y otros, se utiliza el término dolosamente, y se unifican en el artículo 60 del C.P. los delitos culposos; es decir, dividen los delitos dolosos y culposos; el artículo 122 del C.P.P. en su fracción III, ubica al dolo en el tipo, característica fundamental del finalismo

ESTRUCTURA DEL DELITO.

TIPICIDAD	Adecuación Típica.	Error de tipo Aticipada.
ANTI JURICIDAD	Actuación contraria a derecho.	Causas de justificación.
CULPABILIDAD	Imputabilidad y conocimiento de la antijuricidad del hecho realizado.	Causas de Inimputabilidad. Error de prohibición.
CONSECUENCIA JURIDICA	Aplicación de la pena.	Excusas absolutorias condiciones objetivas de punibilidad.

PROPUESTA TIPOS DE COMISION DOLOSA HECHO PUNIBLE

Al hacer el estudio analítico comparativo de causalismo y finalismo y estructurar la culpabilidad en la Teoría Finalista; es necesario hacer una relación a fondo del sistema jurídico penal mexicano en relación a la culpabilidad-pena; se presentan casos especiales:

El artículo 366, párrafo cuarto del Código Penal Vigente establece: **EN CASO QUE EL SECUESTRAO SEA PRIVADO DE LA VIDA, POR SU O SUS SECUESTRADORES, LA PENA SERA HASTA DE 50 AÑOS DE PRISION.**

El artículo 370 fracción I en relación al 381 bis. Robo a casa habitación, se sanciona con mayor punibilidad la calificativa que el tipo fundamental o básico.

En el primer ejemplo existe un problema en la punibilidad, ya que sanciona el homicidio calificado con prisión de 20 a 50 años, es decir tiene la posibilidad el Juez de aplicar una pena al delito de secuestro cuando se prive de la vida de tres días a cincuenta años. Situación que resulta incoherente toda vez que al menos debiera sancionarse como homicidio calificado.

Con la reforma del 1o. de febrero de 1994, al Código Penal Vigente se modifica la culpabilidad en su contenido para aplicar o imponer la pena. Introduce en el artículo 52 conceptos como son: "La gravedad del ilícito" y

"grados de culpabilidad". Es notorio que la culpabilidad es por el hecho y no por el autor.

Se aplica la pena con la Reforma por la culpabilidad del hecho; pensamos que el órgano Jurisdiccional al individualizar una pena, no puede dejar de valorar el comportamiento intrínseco del sujeto activo, proponemos una postura dualista, es decir que se haga una valoración del motivo y la forma de realización del hecho punible al momento de la ejecución del ilícito.

A continuación se propone un esquema con la finalidad de unificar criterios respecto a la integración de los elementos del tipo y responsabilidad penal, para la sentencia:

Explicamos en forma general el proceso para que un hecho sea considerado como delito, cuando en la integración faltará una sola de las instancias no sería constitutivo de un ilícito penal.

En la práctica es de suma utilidad para las personas encargadas de administrar e impartir justicia, unificar criterios, se propone un esquema para el análisis del delito.

1. Tipicidad.

A) Tipo objetivo.

- 1) Hay que comprobar, la existencia de una acción o una omisión, y verificar que no hay causa que la excluya (acto reflejo, estado de inconsciencia absoluta, fuerza física irresistible). Las causas de exclusión de la acción no son causas de exclusión de la omisión.

- 2) Verificar la relación de causalidad entre la acción y el resultado (teoría de la equivalencia de condiciones o imputación objetiva).
- 3) Determinar cuáles son los sujetos activo y pasivo, o el objeto sobre el cual recae la acción. La acción debe ser realizada con los especiales requisitos que pueda exigir el tipo penal; por ejemplo, la violencia en el robo.
- 4) Comprobar que la acción o la omisión se adecua a un tipo penal, integrándose en una conducta prohibida por la norma.

B) Tipo Subjetivo.

- 1) Acreditar que el hecho es realizado con dolo y con los especiales elementos subjetivos del injusto que pueda exigir el tipo (animus lucrandi, animus injuriandi, etc.).
- 2) Si hay coincidencia entre el tipo objetivo y el subjetivo (en caso contrario, determinar la existencia de un delito culposo).
- 3) Si existe error de tipo, determinar si es vencible o invencible y los efectos que produce. Si no hay errores, se continúa con el análisis de los elementos del delito doloso de resultado.

II. Antijuricidad.

- 1) Confrontar si la acción u omisión realizada es antijurídica, esto es, contraria al ordenamiento jurídico.

- 2) Si hay o no causas que justifiquen la acción en forma típica (causas de justificación).
- 3) Comprobar que los elementos objetivos de la causa de justificación se producen en el caso, y que el autor conocía que su actuación estaba amparada por una causa de justificación (elemento subjetivo).

III. Culpabilidad.

- 1) La capacidad de culpabilidad (imputabilidad), supone:
comprensión de la ilicitud del acto que se realiza;

Determinar si existen causas que excluyan la capacidad de culpabilidad (causas de Inimputabilidad: minoridad, sordomudez y ceguera, enajenación mental, y trastorno mental transitorio).

Analizar la existencia de una *actio libera in causa*.

- 2) Verificar si hay conocimiento de la antijuricidad. Si no lo hay es porque existe un error de prohibición; determinar si es vencible o invencible y los efectos que produce.

Con posterioridad a este análisis y después de analizarla la existencia de una acción típica, antijurídica y culpable, antes de aplicar la pena correspondiente al hecho realizado, hay que comprobar que no existen causas de inculpabilidad o exculpación, causas que borran la culpabilidad: estado de necesidad disculpante, coacciones, "no exigibilidad de otra conducta" y miedo insuperable.

IV. Penalidad o punabilidad.

- 1) Antes de establecer la pena aplicable al caso hay que determinar la concurrencia de las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias que eximan de responsabilidad al autor del hecho delictivo.
- 2) Si no median causas de inculpabilidad ni excusas absolutorias, se debe determinar la pena básica que corresponde al hecho realizado.
- 3) Sobre la base de la pena establecida con fundamento en el artículo 51 y 52 del Código Penal vigente para los autores del delito, se graduará la pena conforme a las circunstancias agravantes o atenuantes que pudieran concurrir en el caso y para las distintas personas que hayan intervenido en él.

BIBLIOHEMEROGRAFIA

ACEVEDO BLANCO, Ramón. Manual de Derecho Penal, Ed. Témis, Bogotá Colombia, 1983.

AGUDELO BETANCURT, Nudier. Casos de Derecho Penal, Ed. Témis, Bogotá Colombia, 1990.

AGUDELO BETANCURT, Nudier. Imputabilidad y Responsabilidad penal, De. Témis, Bogotá Colombia. 1884.

ALTAVILLA, Enrico. La culpa, Ed. Témis, 4ta. edición, Bogotá Colombia, 1987.

ANTOLISEI, Francesco. El Estudio analítico del Delito, Ed. Biblioteca de la U.N.A.M. (Derecho), traducción del Dr. Ricardo Franco Guzmán. México, D.F., 1954.

ANTOLISEI, Francesco. La acción y el resultado en el delito, traducción José Luis Pérez, México, 1959.

ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal, Ed. Témis, 8va. edición, Bogotá Colombia, 1988.

ANTON ONECA, José. Derecho Penal, Ed. Akal, 2da. edición, Madrid, 1986.

ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso, Manual de Derecho Penal. El Delito, Ed. Arazani, Pamplona, 1985.

ARTEAGA SANCHEZ, Alberto. La culpabilidad de la teoría general del Derecho Punible, Ed. Universidad Central de Venezuela, 1975.

BACIGALUPO, Enrique. Delitos Impropios de Omisión, Ed. Témis, Bogotá Colombia, 1983, segunda edición.

BACIGALUPO, Enrique. Delitos y Punibilidad, Ed. Civitas, 1a. edición, Madrid España, 1983.

BACIGALUPO, Enrique. Estudios de Derecho Penal y Política Criminal, Ed. Cárdenas Editores, México D.F., 1989.

- BACIGALUPO, Enrique. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Civitas, Madrid, 1984.
- BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal parte general, Ed. Témis, Bogotá Colombia, 1989.
- BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal, Parte general, Ed. Akal, Madrid, 1994.
- BAIGUN, David. Naturaleza de las circunstancias agravantes. Ed. Ediciones Pennedille, Buenos Aires, Argentina, 1970.
- BALLVE PALLISE, Faustino. Función de la tipicidad en la dogmática del Delito, Ed. Tesis para obtener el grado de Lic. en Derecho, México D.F., 1951.
- BAUMANN, Jürgen. Derecho Penal (conceptos fundamentales y sistema), Ed. Ediciones de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1981.
- BERGALLI, Roberto, BUSTOS RAMIREZ, Juan. El poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann, ed. De palma, Buenos Aires, Argentina, 1985.
- BETTIOL, Giuseppe. Instituciones de Derecho Penal y Procesal, Ed. Bosch, Traducción de Faustino Gutiérrez, Alviz Conradi, Barcelona, España, 1977.
- BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico, Ed. Distribuciones Fontamara, traducción: Ernesto Garzón Valdéz, México, D.F., 1991.
- BRIONES ESPINOZA, Ramón. El procesamiento en relación con la Antijuricidad y la culpabilidad, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1972.
- BUSCH, Richard. Modernas Transformaciones en la Teoría del Delito, Ed. Témis, 3ra. edición, Colombia, 1992.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan y LARRAURI, Elena. La imputación objetiva, Ed. Témis, Bogotá Colombia, 1989.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. Introducción al Derecho Penal, Ed. Témis, Bogotá, 1986.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal, Ed. Ariel, 3a. edición, Barcelona España, 1989.
- CAMPOS, Alberto A. Derecho Penal (libro de la parte general), Ed. Abeledo-Perrot, 2a. edición, Buenos Aires, Argentina, 1987.

- CARDENAL MURILLO, Alfonso. La responsabilidad por resultado en el Derecho Penal, Ed. Ederia, Madrid, España, 1990.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano parte general, Ed. Porrúa, 15ta. edición, México, D.F., 1986.
- CARRARA, Francesco. Cuestiones sobre la tentativa, Ed. Témis, Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Santa Fe de Bogotá Colombia, 1992.
- CARRARA, Francesco. Derecho Penal, Ed. Marla, traducción Enrique Figueroa Alfonso, México, D.F., 1993.
- CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal, Ed. Témis de Palma, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá Colombia y Argentina, 1977.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 32a. edición, México, D.F., 1993
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Revista Mexicana de Derecho Penal, Universidad Mexicana, Michoacán, 1993.
- CAVALLERO, Ricardo Juan. El Delito Imposible, Ed. Universidad Buenos Aires, Argentina, 1983.
- CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español. Parte General II Teoría Jurídica del Delito, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- CEREZO MIR, José. Problemas fundamentales de Derecho Penal, Ed. Tecnos, España, 1982.
- CORDOBA RODA, Juan. Culpabilidad y Pena, Ed. Bosch, Barcelona España, 1977.
- CORDOBA RODA, Juan. El Conocimiento de la Antijuricidad en la Teoría del Delito, Ed. Bosch, Barcelona España, 1962.
- CREUS, Carlos. Derecho Penal (parte general), Ed. Astrea, Buenos Aires Argentina, 1988.
- CREUS, Carlos. Esquema de Derecho Penal parte general, Ed. Astrea, Buenos Aires Argentina, 1993.
- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal (tomo I, parte general), Ed. Bosch, 18va. edición, Barcelona España, 1980.

- DENKER, Friedrich. El resultado y la idea de culpabilidad, Ed. de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1990.
- DIAZ PALOS, Fernando. Teoría General de la Imputabilidad, Ed. Bosch, Barcelona España, 1965.
- DONNA, Edgardo Alberto. Teoría del delito y de la pena (Y), Buenos Aires, Argentina, 1992.
- DORADO MONTERO, Pedro. Bases para un nuevo Derecho Penal, Ed. de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1973.
- ELBERT, Gullco. Ejercicios de Derecho Penal, Ed. de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- ESTRADA VELEZ, Federico. Derecho Penal parte general, Ed. Témis, 2da. edición, Bogotá Colombia, 1986.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Concepto y límites del Derecho Penal, Ed. Témis, Santa Fe, Bogotá, 1992.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Delito y error, Ed. Témis, Bogotá Colombia, 1990.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal fundamental (II), Ed. Témis, Bogotá Colombia, 1989.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental tomo I, Ed. Témis, Bogotá Colombia, 1989.
- FERNANDEZ DOBLADO, Luis. Culpabilidad y error, tesis de Licenciatura en Derecho, México, D.F.
- FERREIRA DELGADO, Francisco. Teoría General del Delito, Ed. Témis, Bogotá Colombia, 1988.
- FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal tomo II, Abeledo-Perrot, 2da. edición, Buenos Aires, Argentina 1980.
- FRANCO GUZMAN, Ricardo. Delito e injusto, Escuela Nacional de Jurisprudencia seminario de Derecho Penal, México, D.F., 1950.
- FRIAS CABALLERO, Jorge. Imputabilidad Penal, Ed. Ediar, Buenos Aires Argentina, 1981.

- GALLAS, Wilhelm. La teoría del Delito en su momento actual, Ed. Bosch, Traducción Juan Córdoba Roda, Madrid, España, 1959.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Penal Instituto de Investigaciones Jurídico Penal, U.N.A.M. México, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. ¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?, Ed. Témis, Bogotá Colombia, 1983.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios de Derecho Penal, Ed. Civitas, 2da. edición, Madrid España, 1981.
- GOLDSCHMIDT, James. La concepción normativa de la culpabilidad, Ed. de Palma, traducción Margarete de Goldschmidt y Ricardo C. Nuñez, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- GOLDSTEIN, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y criminología, Ed. Astrea, 2da. edición, Buenos Aires, Argentina, 1983.
- GOLDSTEIN, Raúl. La culpabilidad normativa, Ed. Abeledo Perrot, Argentina, 1960.
- GOMEZ BENITEZ, José Manuel. Teoría Jurídica del Delito, Ed. Civitas, Madrid España, 1987.
- GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo. Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, D.F., 1991.
- GRAF ZU DONNA, Alexander. La estructura de la Teoría del Delito, Ed. Abeledo-Perrot, traducción Carlos Fontan, Buenos Aires Argentina, 1958.
- GRAF ZU DONNA, Alexander. La licitud, Ed. Jurídica Mexicana, traducción Faustino Ballué, México D.F., 1959.
- GRAMAJO, Edgardo. La acción en la teoría del Delito, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1975.
- GRAMATICA, Filippo. Principios de Derecho Penal Subjetivo. Ed. Reus, traducción Juan del Rosal y Víctor Conde, Madrid, España, 1941.
- GUPPINGER, Hans. Criminología, Ed. Revs, traducción por María Luisa Shuwarck y Luzárraga Castro Ignacio, España 1975.
- HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal, Ed. Bosch, Traducción Muñoz Conde y L. Arrollo Zapatero, Barcelona España, 1984.

- HEINZ GOESSEL, Karl. Dos estudios sobre la teoría del Delito, Ed. Témis, Bogotá, Colombia, 1984.
- HENDLER, Edmundo. El Derecho Penal en Estados Unidos de América, INACIPE, México, 1992.
- ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. Análisis lógico de los Delitos Contra la Vida, Ed. Trillas, México, D.F., 1991.
- JESCHECK HEINRICH, Hans. Derecho Penal, Ed. De Palma, traducción Dr. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Argentina, 1967.
- JESCHECK HEINRICH, Hans. Tratado de Derecho Penal parte general, Ed. Comares-Granada, 4ta. edición, traducción José Luis Manzanares Samaniego. España, 1993.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito, Ed. Sudamérica, Buenos Aires, Argentina. 1990.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano (I), Ed. Porrúa, 5ta. edición, México 1985.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano, 3ra. edición, Ed. Porrúa, México, 1985.
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho, Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Ed. Pannedilce, Buenos Aires, Argentina, 1970.
- KAUFMANN, Armin. Teoría de las normas, Ed. de Palma, traducción Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzon V., Buenos Aires, Argentina, 1977.
- KAUFMANN, Hilde. Criminología (ejecución penal y terapia social), Ed. de Palma, Traducción del alemán por Juan Bustos Ramírez, Buenos Aires, Argentina, 1979.
- KAUFMANN, Hilde. Principios para la reforma de ejecución penal, Ed. de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1977.
- LEON NUÑEZ, René. Tipo e Injusto. Tesis profesor de la Escuela Nacional de Jurisprudencia (UNAM), México, D.F., 1957.
- LEVENE, Ricardo. Las ciencias penales en la República Federal Alemana, Ed. Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1982.

- LONDOÑO BERRIO, Hernando. El error en la moderna Teoría del Delito, Ed. Témis, Bogotá, Colombia, 1982.
- LUZON DOMINGO, Manuel. Tratado de culpabilidad y la culpa penal, Primer tomo, Ed. Hispano-europea, Barcelona, España, 1960.
- LUZON DOMINGO, Manuel. Tratado de culpabilidad y de la culpa penal, Segundo tomo, Ed. Hispano-europea, Barcelona España, 1960.
- MADRAZO, Carlos A. La Reforma Penal (1983-1985), Ed. Porrúa, México, 1989.
- MAGGIORES, Giuseppe. Derecho Penal, Ed. Témis, Reimpresión de la segunda edición, traducción José J. Ortega Torres, Bogotá, Colombia, 1985.
- MALAMUD GOTI, Jaime E. La estructura penal de la culpa, Ed. cooperadora de derecho y ciencias sociales, Buenos, Aires Argentina, 1978.
- MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho Penal tomo I, Ed. Ariel, traducción Juan Córdoba Roda, Barcelona, España, 1962.
- MAURACH, Reinhart. Tratado de derecho Penal Tomo II, Ed. Ariel, traducción Juan Córdoba Roda, Barcelona, España, 1962.
- MEZGUER, Edmund. Derecho Penal parte general, Ed. Cárdenas, Editor y distribuidor. México, traducción Nuñez Ricardo, 1985.
- MIR PUIG, C. ROXIN, KAUFMANN, MUÑOZ CONDE. Política criminal y reforma de Derecho Penal, Ed. Témis, 1982.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho penal (parte general: fundamento y teoría), Segunda Parte, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona España, 1984.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho penal (parte general: fundamentos y teoría del delito). Primera parte, Barcelona España, 1984.
- MIR PUIG, Santiago. Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Ed. Bosch, 2da. edición, Barcelona, España, 1982.
- MIR PUIG, Santiago. La reincidencia en el Código Penal, Ed. Bosch, Barcelona España, 1974.
- MONTERROSO SALVATIERRA, Jorge Efraín. Culpa y Omisión en la Teoría del Delito, Ed. Porrúa, México, 1993.
- MONTIEL SOSA, Juventino. Criminalística tomo I, Ed. Limusa, 1989.

- MORSELLI, Elio. La función del comportamiento interior en la estructura del Delito, Ed. Témis, traducción Jorge Guerrero, Santa Fe, Bogotá, Colombia, 1992.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho Penal, Ed. Bosch, España, 1975.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito, Ed. Bosch, España, 1982.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. Fundamentos de los delitos de omisión, Ed. de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1984.
- PALACIOS VARGAS, Ramón. La Tentativa, Ed. Cárdenas, México, 1979.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Imputabilidad e Inimputabilidad, Ed. Porrúa, México, 1983.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 7ma. edición, México, D. F., 1985.
- PÉREZ, Luis Carlos. Derecho Penal Tomo I, Ed. Témis, 2da. edición, Bogotá, Colombia 1987.
- PÉREZ, Luis Carlos. Derecho Penal Tomo II, Ed. Témis. Bogotá Colombia 1989.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, México, 1954.
- PORTE PETIT, CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa, Decimoquinta edición, México, D. F., 1993.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzálo. Introducción al Derecho Penal, Ed. Barcanova (Temas Universitarios) 1a. edición, España 1981.
- RADBRUCH, Gustav. El Fin del Derecho, UNAM, traducción Daniel Kuri, México, 1944.
- RAFFAELE LATAGLIATA, Angelo. El Concurso de Personas en el Delito, Ed. Depalma, Traducción Carlos A. Tozzini, Buenos Aires, Argentina, 1967.
- RAINIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal Tomo II, Ed. Témis, Bogotá Colombia, 1975.
- REYES ALVARADO, Yedid. Imputación Objetiva, Ed. Fénix, Bogotá, 1944.

- REYES ECHANDIA, Alfonso. Antijuridicidad, Ed. Témis, 4ta. edición, Bogotá, Colombia, 1989.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. Culpabilidad, Ed. Témis, reimpresión de la 3ra. edición, Bogotá, Colombia, 1991.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Parte General, Ed. Témis, segunda reimpresión de la 11ma. edición, Bogotá, Colombia 1990.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. Imputabilidad, Ed. Témis, 4ta. edición, Bogotá, Colombia, 1989.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. Tipicidad, Ed. Témis, 5ta. edición, Bogotá, Colombia, 1989.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal Español (Parte Especial). Ed. DYKYNSON, 14 edición, Madrid, España 1991.
- RODRIGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal Español. Parte General, Ed. DYKYNSON, 14ta. edición, Madrid, España, 1991.
- ROMERO SOTO, Luis E. Concurso Aparente de Leyes, Ed. Témis, Santa Fe de Bogotá, 1993.
- ROMERO, Gladys. Casos de Derecho Penal (Manual Práctico), Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- ROXIN, Claus. Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal, Ed. Revs, traducción: Muñoz Conde, Madrid, España, 1981.
- ROXIN, Claus. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal. Ed. Ariel. Barcelona, 1988.
- ROXIN, Claus. Política Criminal y Estructura del Delito, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Trad. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malarée, España, 1992.
- ROXIN, Claus. Teoría del Tipo Penal, Ed. Depalma, traducción Enrique Basigalupo, Buenos Aires, Argentina, 1979.
- RUIZ SERVIO, Tulio. La Estructura del Delito, Ed. Témis, Bogotá, Colombia, 1978.
- SAINZ CANTERO, José A. Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Ed. Bosch, 3a. edición, Barcelona, España, 1990.

- SANTIAGO NINO, Carlos. Consideraciones sobre la Dogmática Jurídica Penal, UNAM, México, 1989.
- SANTIAGO NINO, Carlos. Los Límites de la Responsabilidad Penal, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1980.
- SAUER, Guillermo. Derecho Penal. Parte General, Ed. Bosch Casa Editorial, traducción Juan del Rosal y José Cereso, Barcelona, España, 1956.
- SCHÜLER SPRINGORUM, Horst. Cuestiones Básicas y Estrategias de la Política Criminal, Ed. Depalma, traducción Carlos Alberto, Elbert, Buenos Aires, Argentina, 1989.
- SCHÜNEMANN, Bernd. El Sistema Moderno Penal: Cuestiones Fundamentales, Ed. Tecnos, traducción Jesús María Silva Sánchez, España. 1991.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Ed. Tipográfica, Ed. Argentina, primera reimpression, Buenos Aires, Argentina, 1951.
- STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal (Parte General I El Hecho Punible), Ed. Edersa, Traducción Gladys Romero, Madrid, España, 1982.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. Culpa Contractual, Ed. Témis, Bogotá, Colombia, 1990.
- VALENCIA, Jorge Enrique. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía, Ed. Témis, Bogotá, Colombia, 1987.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel. El Elemento Subjetivo de Justificación y la Graduación del Injusto, Ed. PPV, Barcelona, 1994.
- VELA TREVIÑO, Sergio. Antijuricidad y Justificación, Ed. Trillas, 2da. edición, México, 1986.
- VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad, Ed. Trillas, 2da. edición, México, 1990.
- VILLA ALZATE, Guillermo. Fundamentos Metodológicos de la Nueva Teoría del Delito, Ed. Témis, Bogotá, Colombia, 1991.
- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 5ta. edición, México, 1994.
- VILLAREAL PALOS, Arturo. Culpabilidad y Pena, Ed. Porrúa, 1a. edición, México, 1994.

VON LISZT, Franz. Tratado de Derecho Penal Tomo II, Ed. Revs, traducción Jiménez Asúa y Quintiliano Sadaña, 3a. edición, Madrid, España., S/N año.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán, Ed. Jurídica de Chile, 3a. castellana, traducción Sergio Yañez Pérez, 1987.

WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Ed. Ariel, 4ta. edición, 1964.

WESSELS, Johannes. Derecho Penal. Parte General, Trad. Dr. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Argentina, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En Busca de las Penas Perdidas, Ed. Témis, Bogotá, Colombia, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Ed. Cárdenas Editores, México, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Ed. Cárdenas editores, primera edición, México, 1986.

LEGISLACION CONSULTADA

ARROLLO DE LAS HERAS, Alfonso. Código Penal, Ed. Hispano Europea, Barcelona, 1984.

BORREL NAVARRO, Miguel. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Sixta, México, 1993.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado, Ed. Porrúa, 16ta. edición, México, 1991.

Penal Practica, Ed. Ediciones Andrade S.A., México, 1993.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Sixta, 1994.

REVISTAS

MUÑOZ FERNANDEZ, Dolores.

La Función de la Pena.

Ed. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. Sep-Dic. 1987. Edición No. 60.

NIÑO, Luis Fernando.

Ubicación Sistemática de la Co-Culpabilidad.

Ed. P.G.R. P.G.J.D. 7 e Inacipe. México, D. F. Oct-Dic-1987. Edición No. 4.

PAVON VAZCONCELOS, Francisco.

Reflexiones Sobre la Imprudencia.

Ed. Revista Michoacana de Derecho Penal No. 18. México.

PERRON, Walter.

Problemas Principales y Tendencias Actuales de la Teoría de la Culpabilidad.

Ed. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. Enero-Abril 1989. Edición No. 10.

PUIGH W, George y NACHEMAN, Julius.

L'établissement de la Culpabilité dans le système de justice
criminelle des états - unis.

Ed. Eres. 1986.

RAMIREZ HERNANDEZ, Elpidio.

Juicio Penal y Derechos Humanos.

Ed. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca.

México.

VALDES DE ZAMORA, Ma. Georgina y ZAMORA SALICRUP, José Luis.

Ensayo Sobre la Culpabilidad.

Ed. Boletín Informativo del Instituto de Investigaciones

Jurídicas de la Universidad Veracruzana. México, 1988.

Edición No. 22.

OTROS

GOLDSTEIN, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Ed. Astrea, 2da. edición, Argentina, 1983. .

PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas, Ed. Mayo Ediciones, 1981.