

879309



**UNIVERSIDAD
LASALLISTA BENAVENTE**



FACULTAD DE DERECHO

46
2es

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

CLAVE: 879309

**DIFERENCIA ENTRE EL DOLO
NEOCLASICO Y EL DOLO FINALISTA**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

268499

RUTH YANETH RUBIO RIVERA

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN
CELAYA, GTO.

OCTUBRE DE 1998.



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.

* * D E D I C A T O R I A S * *

A DIOS, por darme todo lo que tengo.

A MAMI, por ser el pilar más fuerte de mi vida. Gracias por ser mi mejor ejemplo de fortaleza, tenacidad y amor.

A PAPI, por heredarme ese orgullo que me mantiene de pie ante la adversidad. Gracias por toda tu paciencia y tu cariño.

A MI PEQUEÑO QUIQUE, por ser la luz y la fuerza de mi vida. Hijo, todo esto es por tí y para tí. Gracias por tu sonrisa.

A FABIAN, por tu apoyo en los momentos más difíciles. Gracias por confiar en mí.

A PAPA JULIO q.e.p.d., por enseñarme a creer en lo imposible. Gracias por significar tanto en mi vida.

* * * * *

A TODOS MIS MAESTROS, por toda su enseñanza que contribuyó a mi formación.

AL LIC. FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE, por todo su apoyo. Maestro, gracias por creer en mí. Para Usted todo mi respeto y agradecimiento.

AL PROFR. ROBERTO HERNANDEZ MUÑOZ, por su ayuda incondicional. Gracias porque de Usted recibí el regalo más valioso.

Y a todas aquellas personas que hicieron de este sueño una realidad.

¡¡¡¡¡

* * I N D I C E * *

* I N T R O D U C C I O N

CAPITULO I

D E R E C H O P E N A L

1.1 DERECHO PENAL EN GENERAL	2
1.2 DEFINICION DE DERECHO PENAL	2
1.2.1 Derecho Penal en sentido objetivo y subjetivo	3
1.2.2 Derecho Penal Sustantivo y Adjetivo	3
1.3 RELACION JURIDICA MATERIAL ENTRE EL ESTADO Y EL PRESUNTO RESPONSABLE	4
1.4 LA NORMA JURIDICA	5
1.4.1 Características de la Norma Jurídica	7
1.5 DIFERENCIA ENTRE UN DELITO, UNA PENA Y UNA MEDIDA DE SEGURIDAD	7
1.6 ¿QUE SON LAS RELACIONES QUE REGULA EL DERECHO Y EL ORDEN SOCIAL?	9

CAPITULO II

E L D E L I T O

2.1 DEFINICION DE DELITO DE FRANCESCO CARRARA	12
2.2 DEFINICION DOGMATICA DE DELITO	13
2.2.1 Definición del Delito en el Sistema Clásico	13
2.2.2 Definición del Delito en el Sistema Neoclásico	14

2.3	DEFINICION DEL DELITO EN EL CODIGO PENAL DEL ESTADO DEL GUANAJUATO .	16
2.3.1	Elementos Objetivos del Delito	17
2.3.2	Elementos Subjetivos del Delito	17
2.4	EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD O ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO . . .	18
2.5	DIFERENCIA ENTRE CRIMEN, DELITO E INFRACCION ADMINISTRATIVA . . .	18
2.6	CRIMENES Y DELITOS EN EL DERECHO ROMANO	19
2.7	CLASIFICACION DE LOS DELITOS	20

CAPITULO III

C O N D U C T A Y S U A U S E N C I A

3.1	DEFINICION DE CONDUCTA	28
3.2	CLASES DE CONDUCTA	30
3.3	FORMAS DE CONDUCTA	31
3.3.1	Elementos de la Acción	32
3.3.2	Elementos de la Omisión	32
3.4	LA RELACION DE CAUSALIDAD EN LA ACCION	33
3.5	CLASIFICACION DE LOS DELITOS RESPECTO DE LA CONDUCTA	35
3.6	ELEMENTOS DE LA COMISION	36
3.7	CONDUCTA CLASICA Y NEOCLASICA	36
3.8	CONCEPTO ONTICO DE ACCION (ACCION FINALISTA)	38
3.9	AUSENCIA DE CONDUCTA	40

CAPITULO IV

T I P I C I D A D

4.1	CONCEPTO	43
-----	--------------------	----

CAPITULO VII

C U L P A B I L I D A D

7.1 GENERALIDADES 70

7.2 CULPABILIDAD CLASICA 71

7.3 CULPABILIDAD NEOCLASICA 73

7.4 CULPABILIDAD FINALISTA 80

7.5 FORMAS DE CULPABILIDAD EN EL SISTEMA CLASICO Y NEOCLASICO , . . . 85

 7.5.1 Dolo 85

 7.5.1.1 Clases de Dolo 93

 7.5.2 Culpa 93

7.6 INCULPABILIDAD 95

7.7 CAMBIOS QUE EXPERIMENTA LA CULPABILIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA
NEGATIVO EN EL PASO DEL CAUSALISMO O NEOCLASICO AL SISTEMA FINALISTA.
. 101

* CONCLUSIONES 106

* B I B L I O G R A F I A



* * I N T R O D U C C I O N * *

El presente trabajo consiste en un estudio de la Dogmática Penal Alemana, con la intención de determinar la diferencia específica existente entre el Dolo de la Escuela Neoclásica y el Dolo de la Escuela Finalista. Por lo que se realiza el análisis de las diferencias existentes entre los dos sistemas sobre todo por lo que respecta a la Culpabilidad elemento subjetivo del delito por excelencia.

La Culpabilidad representa la característica o elemento del delito desde el punto de vista subjetivo por excelencia y su importancia es fundamental si atendemos al Principio de Culpabilidad que determina: "Que a nadie se le puede imponer una pena si previamente no es declarado culpable." Tomando en consideración el Sistema Clásico cuyo creador es Franz Von Liszt, la culpabilidad es una relación psicológica entre el sujeto y su resultado y el vínculo psicológico que une al sujeto con su resultado es el DOLO y la CULPA, por lo tanto para que un sujeto sea culpable bastaba con que fuera imputable y que hubiese obrado con dolo y con culpa, de esta manera, tenemos la Teoría Psicologista de la Culpabilidad, en donde el elemento subjetivo del delito se estructura de la siguiente manera: Imputabilidad como presupuesto y Dolo y Culpa como especies de culpabilidad. La Culpabilidad Neoclásica con Frank da lugar a la Teoría Normativista; se considera la Culpabilidad como un juicio de valor,

como un juicio de reproche que se le finca al sujeto imputable que obra de manera diferente pudiendo comportarse conforme con lo que la norma le exige, por lo tanto el sujeto además de relacionarse psicológicamente con su resultado se relaciona con la norma al no observar el comportamiento que la norma le exige. Para este sistema la Culpabilidad se estructura de la siguiente manera: Imputabilidad como elemento; dolo y culpa como elementos y la exigibilidad como elemento que da origen al Neoclásico. En ambos sistemas se fracciona el Concepto de Acción, el elemento externo se encuentra en la antijuridicidad y el elemento interno o factor de dirección lo ubica en la Culpabilidad, factor interno que no es otra cosa que el dolo o la culpa. Welzel creador del Finalismo, estructura el Concepto Ontico de Acción juntando los dos factores de la voluntad y con ello extrae el dolo y la culpa de la Culpabilidad y los sitúa en el Concepto Ontico de Acción y como la Acción está descrita en el tipo resulta ser que estos elementos subjetivos son ahora con la Teoría Finalista elementos subjetivos del Tipo.

Tomando en consideración a Edmundo Mezger autor Neoclásico, el dolo que trata este autor llamado Dolo Malo lo estructuraba de la siguiente manera: Conocimiento de los elementos fácticos del Tipo; Conocimiento de la Antijuridicidad (Cognoscibilidad) que es un juicio de valor y el querer del resultado. Welzel al extraer el dolo y la culpa de la culpabilidad deja un espacio en la estructura de la culpabilidad Neoclásica, espacio que es ocupado por el conocimiento de la Antijuridicidad del Dolo Malo de Mezger, creando así el Dolo Natural. Es aquí en donde se tratará de aclarar los conceptos relativos que nos permitan conocer con facilidad la diferencia existente entre el Dolo Neoclásico de Mezger y el Dolo Finalista de Welzel.

RUTH YANETH RUBIO RIVERA.

CAPITULO I DERECHO PENAL

1.1 DEFINICION DE DERECHO EN GENERAL.

El Derecho es:" Un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado". (1)

El Derecho tiene un fin principal que es el lograr la paz y seguridad sociales, intenta proteger y regular mediante normas impero-atributivas, las relaciones sociales para obtener un orden o armonía entre los integrantes del Estado.

El Estado utiliza su poder coactivo para imponer el orden y lograr que esa conducta externa, ese movimiento voluntario del individuo que es en sí el destinatario de la norma, se encauce a la armonía y en caso de desobedecer aplicar la fuerza para que la norma sea obedecida, ya que su finalidad es hacer posible la vida en sociedad; El Estado podemos decir que está obligado y facultado a encontrar los medios más adecuados y necesarios para conservar el orden social.

1.2 DEFINICION DE DERECHO PENAL.

El Derecho Penal es la rama del Derecho Público Interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que

(1) Castellanos Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal.ed.31ª.Ed.Porrúa S.A. México p.17.

tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social. (2)

Es de Derecho Público porque sus normas van dirigidas a regular la relación jurídica material que surge en el momento en que se comete un delito que existe entre el particular y el Estado.

Se le considera rama del Derecho Público INTERNO porque solo puede ser aplicado dentro de los límites jurisdiccionales del Estado; dentro del territorio, ámbito espacial de validez de la Ley Penal.

1.2.1 DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO Y SUBJETIVO.

El Derecho Penal en sentido objetivo es el conjunto de normas jurídicas que establece el Estado mediante las cuales determina los delitos, las penas y las medidas de seguridad que se aplicaron para sancionar a aquéllos.(3)

En sentido subjetivo el Derecho Penal se identifica con el jus puniendi: derecho a castigar, es una facultad que tiene el Estado de determinar delitos, e imponer y ejecutar las penas. Podemos definir el Derecho Penal Subjetivo como el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas para determinar los casos en que deben de imponerse las penas y las medidas de seguridad e incluso la imposición de la pena misma.

1.2.2 DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y ADJETIVO.

El Derecho Penal sustantivo es la materia misma

(2) op.cit. p.19

(3) Santoyo Rivera Juan Manuel. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. ULSAB p.31 1995.

del Derecho Penal, se integra con las normas relativas al delito, a la pena y las demás medidas de seguridad necesarias para establecer el orden social y combatir la criminalidad.

El camino que debe de seguir el Estado para imponer el Derecho Sustantivo para que éste no se aplique de manera caprichosa y sin orden es lo que se llama Derecho Penal Adjetivo. Este conjunto de normas que determinan la forma de aplicar el Derecho Penal Sustantivo a casos específicos y particulares también recibe el nombre de Derecho Procesal Penal.

Manuel Rivera Silva define el Derecho Procesal Penal como: "El conjunto de reglas que norma la actividad estatal que tiene por objeto el eslabonamiento del delito con la sanción." (4)

1.3 RELACION JURIDICA MATERIAL ENTRE EL ESTADO Y EL PRESUNTO RESPONSABLE.

Al cometerse un delito, se forma una relación entre el presunto responsable y el Estado como ente soberano, ya que al violarse la norma establecida por el Estado, éste tiene la facultad de aplicar la pena o las medidas de seguridad necesarias para que se reestablezca el orden social, que al cometerse el delito se ha perdido. Además debe evitar que se vuelva a cometer el delito. Por ello el Estado en esa relación tiene la exigibilidad de que la ley sea observada y a la vez le da al presunto responsable el derecho de defenderse en un juicio.

Este vínculo está regulado por el derecho y el Estado no puede sobrepasar sus límites sino que su finalidad será siempre el restablecimiento de la paz y seguridad sociales, con fundamento en las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Esta relación jurídica es por tanto un vínculo entre el sujeto activo y el

(4) Rivera Silva Manuel. El Procedimiento Penal. Ed. Porrúa. México 1995 p.17

Estado, que se traduce en la obligación-derecho del Estado de castigar a quien ha llevado a cabo una conducta penalmente relevante y por la obligación que tiene el presunto delincuente de soportar la pena.

1.4 LA NORMA JURIDICA.

La norma en sentido general es toda regla que debe de ser observada. Se puede apreciar desde dos puntos de vista: LATO SENSU.- Que es toda regla de comportamiento obligatorio o no ; y en ESTRICTO SENSU.- Debe entenderse como una regla que debe ser observada por aquel sujeto a quien va dirigida, en este aspecto implica el cumplimiento de un deber.

Tiene como notas esenciales que es un imperativo, un juicio normativo que puede ser positivo cuando manda un deber o negativo cuando establece una prohibición; Prescribe una conducta, va dirigida a una persona para ser efectuado; Es de carácter general ya que se aplica a todos los sujetos contemplados en la norma; y por último el Imperio que es la fuerza que tiene el Estado para hacerla cumplir aún en contra de la voluntad del sujeto obligado.

La norma tiene dos aspectos a distinguir: UN ASPECTO FORMAL que es la manera como la norma se expresa o puede expresarse y el ASPECTO MATERIAL que es el contenido de la norma, la aplicación correcta de la ley.

Existen diferentes tipos de normas:

Las Morales que orientan la vida del hombre para que practique el bien y evite el mal; las Religiosas que regulan la conducta del hombre señalándole sus deberes con Dios; las Sociales que tratan de hacer más llevadera la convivencia en sociedad y por último las Jurídicas que regulan la

conducta del individuo dentro de la sociedad.

La Norma Jurídica es una regla dictada por legítimo poder para determinar la conducta humana.(5)

Al decir que es dictada por legítimo poder, es la facultad del Estado de crear normas jurídicas, de crear una regulación suficiente para que la conducta del individuo no rompa con el orden social.

Es necesario expresar que dentro del mundo de las normas jurídicas existen reglas de conducta de observancia obligatoria que son llamadas NORMAS JURIDICAS PENALES que tienden a proteger los máximos valores de la sociedad y que representan la máxima drasticidad para castigar conductas antijurídicas, en este caso penalmente relevantes.

La Norma Jurídica Penal al igual que cualquier otra norma jurídica se encuentra estructurada por los siguientes elementos:

Un supuesto, presupuesto o postulado de hecho y;

Un segundo elemento que es la sanción y que en el caso de la norma jurídica penal se traduce en la pena.

Es menester también mencionar que la norma jurídica penal no se encuentra descrita en ninguna parte de la ley, sino que esta regla de conducta subyace o se encuentra encerrada en lo que conocemos con el nombre de Tipo Penal. Por ello cuando existe una conducta penalmente relevante ésta se adecúa al Tipo, más no lo viola o sea que no viola la ley sino lo que realmente se viola es la norma jurídico penal.

La norma jurídica penal al igual que toda norma jurídica tiene las siguientes características:

(5) De Pina Rafael. Diccionario de Derecho. ed. 20ª. Ed. Porrúa. México. p.383

1.4.1 CARACTERISTICAS DE LA NORMA JURIDICA

La Norma Jurídica tiene como características esenciales que es bilateral, externa, coercible y heterónoma.

La BILATERALIDAD de la norma jurídica es la concesión de derechos para el individuo a quien va dirigido e impone deberes para el mismo, con la observancia de la ley, pero de manera recíproca. Estos deberes que impone la norma o estos derechos que impone la norma se traducen en vínculos jurídicos que unen a las personas jurídicas, vínculos que representan relaciones, por ello en virtud de la bilateralidad de la norma debemos decir que a todo derecho corresponde una obligación y a toda obligación corresponde un derecho recíprocamente.

La EXTERIORIDAD se refiere a la manifestación de nuestra conducta externa, es decir la adecuación de la misma ante la comunidad social, a fin de observar los valores colectivos que existen.

La COERCIBILIDAD es la posibilidad de aplicar al norma aún en contra de la voluntad de los sujetos, implica que la norma debe ser cumplida aún en contra de la voluntad del obligado, en caso de inobservancia es posible hacerla cumplir mediante la fuerza y el sujeto activo se hace acreedor a una sanción.

La HETERONOMIA consiste en que la norma jurídica es creada por los Organos del Estado que es un sujeto distinto al que debe de obedecer la norma y es creada aún en contra de su voluntad es decir que existe otra persona que nos puede aplicar la norma.

1.5 DIFERENCIA ENTRE UN DELITO, UNA PENA Y UNA MEDIDA DE SEGURIDAD.

La palabra Delito deriva del verbo latino, delinquere que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del

sendero señalado por la ley.(6)

Podemos definir el Delito como el acto u omisión constitutivo de una infracción de la ley penal.

La Pena es la sanción que establece el derecho, esto es el castigo impuesto a un sujeto por ejecutar u omitir una conducta tipificada por el Derecho Penal.

Debemos entender por sanción la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado y emerge como consecuencia de la violación de la norma jurídica. Cuando el obligado en la relación jurídica no cumple con su obligación genera la sanción.

Según Cuello Calón la Pena tiene las siguientes características: (7)

- a) Es un sufrimiento que restringe o priva de ciertos bienes, pueden ser corporales o pecuniarios.
- b) Es impuesta por el Estado.
- c) Deben imponerla los tribunales como consecuencia o resultado de un juicio.
- d) Debe ser personal, sólo recae en la persona que comete u omite algún hecho propio penalmente relevante.
- e) Debe estar establecida por la ley.

Las Medidas de Seguridad son prevenciones legales que están encaminadas a impedir la comisión de nuevos delitos por quienes ya han sido autores de alguno o para la prevención de los que puedan cometer quienes, sin haber cometido ninguno hasta el momento por sus circunstancias personales es de temer que los realicen.(8)

(6) Castellanos op.cit. p.125

(7) Santoyo Rivera Juan Manuel. Introducción al Estudio del Derecho. Ed. ULSAB. p.50 .

(8) Rodriguez Manzanera Luis.Criminología.10ªedic.Edit.Porrúa.México 1996 p.546

Existe una confusión de lo que es propiamente una pena y una medida de seguridad, llamando a ambas sanciones pero la diferencia entre ambas radica en que la pena es una consecuencia jurídica por la comisión de un hecho delictuoso, es la expiación por la violación de la norma jurídica penal mientras que las medidas de seguridad intentan fundamentalmente evitar la comisión de nuevos delitos.

Las medidas de seguridad miran sólo a la peligrosidad y por ello pueden aplicarse no únicamente a los incapaces, sino también a seres normales susceptibles de ser dirigidos por los mandatos de la ley.

Birkmeyer dice que la pena es la represión y se halla destinada al fin de la compensación; las medidas de seguridad son tratamientos de naturaleza preventiva y responden al fin de la seguridad. (9)

1.6 ¿QUE SON LAS RELACIONES QUE REGULA EL DERECHO Y EL ORDEN SOCIAL?

Las relaciones son tratos entre personas por razones de amistad o de interés, es una correspondencia, una conexión entre personas que viven en un mismo entorno social.

El Orden social es un estado o situación social derivada del respeto a la legalidad establecida por el legislador. Este orden se perturba cuando el derecho no es respetado ya que su fin principal es el mantenimiento de la paz con justicia.

Por tanto podemos decir que si las relaciones entre personas son buenas, apegadas a derecho entonces existirá el orden social. Esto es naturalmente cuando nos estamos refiriendo a una convivencia pacífica desde el punto de vista psicológico; sin embargo debemos de recordar que las personas jurídicas se relacionan entre sí jurídicamente a través de la presencia de

(9) Rodríguez op.cit. p 75

de derechos y obligaciones en forma recíproca, es decir que a todo derecho corresponde un obligación y a toda obligación corresponde un derecho.

Estas son las relaciones que regula el Derecho pues ante el incumplimiento del deudor respecto de su prestación que debe de otorgar al acreedor, se realiza una conducta contraria a la norma y por lo tanto es antijurídica, cuando esta contradicción es entonces cuando la norma jurídica interviene a regular esa conducta aún en contra de la voluntad del obligado a fin de que dicho comportamiento sea conforme al deber ser. Indudable es que estos derechos y obligaciones con los que se relacionan las personas jurídicas son producto de hechos jurídicos y de actos jurídicos que constituyen las fuentes de las obligaciones.

El Derecho Penal no escapa a esta determinación ya que su objeto de regulación es precisamente el delito, considerado como un hecho jurídico en sentido estricto y consecuentemente como una de las fuentes de las obligaciones, de tal manera que al realizarse una conducta penalmente relevante, es decir considerada delito, se establece una relación jurídica entre el presunto delincuente y el estado que es el titular del orden social.

⌘ ⌘

CAPITULO II EL DELITO

2.1 DEFINICION DE DELITO DE FRANCESCO CARRARA.

Francesco Carrara define al delito como: "La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."

Carrara considera al delito como un ente jurídico pues su esencia debe consistir en violar el Derecho.

Lo considera como una infracción a la ley ya que el acto se convertirá en delito cuando choque o transgreda esa ley; determina que esa ley debe promulgarse por el Estado para proteger la seguridad de los ciudadanos ya que si no tuviera este carácter no tendría obligatoriedad y además, hace un enfoque especial del delito al decir que la idea especial de éste no está en transgredir las leyes que protegen los intereses patrimoniales, ni la prosperidad del Estado sino de la seguridad de los ciudadanos. Además la infracción tiene que ser el resultado de un acto externo del hombre, positivo o negativo para determinar que únicamente el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Por último, considera al acto o a la omisión "moralmente imputables por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política."(10)

(10) Castellanos op. cit. supra <1> p.126

2.2 DEFINICION DOGMATICA DEL DELITO.

La Dogmática Jurídica es la ciencia que estudia la definición de los conceptos jurídicos y su sistematización. Es entendida como la misma Ciencia del Derecho considerada estricta y exclusivamente como lógica jurídica. Es el Sistema del Derecho Positivo. (11) Por lo que la Dogmática Penal es precisamente la Ciencia del Derecho Penal considerada como un conjunto de conocimientos ordenados, sistematizados a través de un método y un objeto de estudio, objeto de estudio que se traduce en los delitos, como conductas relevantes para el Derecho Penal, la consecuencia como pena y las medidas de seguridad.

La definición dogmática del delito es la delimitación del concepto que se hace en la dogmática penal alemana, es la definición que del delito nos proporciona la Ciencia del Derecho Penal.

Es de hacerse mención que la Dogmática Penal Alemana se desarrolló a través de tres sistemas: el Clásico llamado también Causalista, el Sistema Neoclásico o Normativista y el Sistema Finalista.

2.2.1 DEFINICION DEL DELITO EN EL SISTEMA CLASICO.

El Sistema Clásico o Causalista se considera una creación del eminente jurista alemán Franz Von Liszt, quien en 1881 hace un estudio de su Código Penal Alemán buscando los elementos conceptuales de ese fenómeno jurídico como lo es el delito y descubre, que todo lo que aparece en la parte especial del mencionado ordenamiento penal son acciones y que esas acciones, eran contrarias a derecho y por ello, les llamó antijurídicas y que

(11) De Pina op.cit. supra <5> p.62

esas acciones antijurídicas eran atribuibles a los sujetos a título de Dolo o a título de Culpa y a esto le llamó CULPABILIDAD. Como consecuencia, para Liszt, el delito es "ACCION, ANTIJURIDICA Y CULPABLE" posteriormente en 1906, aparecen los estudios de otro de los grandes clásicos como lo es Ernesto Von Beling quien publica su obra "La Teoría del Tipo" y con ello, agrega un elemento más a la definición de Liszt, por lo que para Beling el delito es "ACCION TIPICA, ANTIJURIDICA Y CULPABLE". Es menester aclarar o hacer notar que para Beling el delito es acción típica, con lo cual se considera que la Tipicidad es un elemento autónomo que no está relacionado con los juicios de valor de la Antijuridicidad ni de la Culpabilidad, por lo tanto, el Tipo de Beling es un tipo avalorado y neutro; es avalorado porque no está relacionado ni con la antijuridicidad, ni con la culpabilidad y se afirma que es neutro porque solamente contiene elementos objetivos.

Esa es pues la definición del delito en la Escuela Clásica o Causalista.

La Imputabilidad es considerada como un presupuesto de la culpabilidad, pero no un elemento del delito, así también la punibilidad no tiene el rango de elemento esencial del delito ya que la pena se merecerá en virtud de la naturaleza del comportamiento, existiendo hasta nuestros días esta discusión dogmática referente a determinar si la punibilidad es elemento esencial o consecuencia del delito.

2.2.2 DEFINICION DEL DELITO EN EL SISTEMA NEOCLASICO.

Para Max Ernesto Mayer el delito es la "ACCION TIPICA, ANTIJURIDICA Y CULPABLE", pero asegura a diferencia de Beling que la tipicidad no es meramente descriptiva pero sí "indiciaria de la antijuridicidad"

Esto quiere decir que en toda conducta típica hay un principio, una probabilidad de antijuridicidad.

Lo que hace Mayer como se puede apreciar es seguir con la misma definición de Beling, con la salvedad de que empieza a relacionar, como ya quedó dicho la Tipicidad con la Antijuridicidad. Es la Tipicidad un indicio de que puede haber antijuridicidad; es decir que una conducta típica puede ser antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación, con ello tenemos la ratio-cognoscendi de la antijuridicidad.

Se atribuye a Mayer el aspecto indiciario de la Tipicidad así como se le considera como uno de los descubridores de los elementos subjetivos del Tipo.

Posteriormente Edmundo Mezger, de igual que Mayer dentro del Neoclásico define el Delito como " CONDUCTA TÍPICAMENTE, ANTIJURIDICA Y CULPABLE". Al decir típicamente antijurídica se establece la ratio-esendi de la antijuridicidad, es decir que toda conducta típica es antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación. Como podemos apreciar nuestro código penal sigue la definición de Mezger pues nos habla de que el delito es conducta típicamente antijurídica. Esta es pues la definición del delito en la Escuela Neoclásica.

Es de hacerse notar que el Sistema Clásico surge con los estudios realizados por Reinhart Von Frank relativos al elemento subjetivo como lo es la culpabilidad. La culpabilidad en el sistema clásico con Liszt era definida como la relación psicológica entre el sujeto y su resultado y el elemento subjetivo del delito se estructuraba de la siguiente manera: La imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y el Dolo y la Culpa como especies de culpabilidad.

El punto débil del Sistema Clásico se encontraba precisamente en la culpa inconsciente o sin previsión ya que los estudiosos no encontraban el nexo psicológico entre el sujeto y su resultado, problema que vino a solucionar Von

Frank ya que este autor consideró a la culpabilidad como un juicio de valor, como un juicio de reproche que se le finca al sujeto imputable que teniendo la posibilidad de obrar de manera diferente actuó con Dolo o con Culpa violando el orden normativo al no observar la conducta que la norma jurídico-penal le exige. El sujeto entonces además de relacionarse psicológicamente con su resultado al no obrar conforme a lo que la norma le exige se relaciona con el orden normativo por lo tanto, se hace acreedor al juicio de reproche y de esta manera aparece también la Teoría Normativista de la Culpabilidad, misma que se estructura de la siguiente manera: Imputabilidad; Dolo y Culpa y Exigibilidad, todos como elementos de la culpabilidad; siendo el elemento Exigibilidad el que da origen precisamente al Sistema Neoclásico.

Por lo anterior podemos decir prácticamente que la diferencia entre el Clásico y el Neoclásico se encuentra radicalmente en la Culpabilidad teniendo en consideración las definiciones que del delito dan los grandes tratadistas clásicos y neoclásicos.

2.3 DEFINICION DEL DELITO EN EL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO.

El Código Penal del Estado de Guanajuato en su Título Segundo, Capítulo I, artículo 11 define al delito de la siguiente manera:

" EL DELITO ES LA CONDUCTA TÍPICAMENTE ANTIJURIDICA, IMPUTABLE, CULPABLE Y PUNIBLE."

Como podemos observar se sigue la definición de delito dada por Mezger quien como dijimos define al delito como "Conducta típicamente,antijurídica" con la diferencia de que nuestra legislación agrega dos elementos que son la imputabilidad y la punibilidad; considera a la imputabilidad como un elemento del delito así como también es considerada dentro de la culpabilidad.

La imputabilidad como un elemento del delito que se traduce en la

capacidad de entender y de querer. Además de la culpabilidad como elemento subjetivo del delito todo ello hace posible que una conducta con esas características sea punible.

2.3.1 ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO.

Los elementos objetivos del delito son:

Conducta, Tipicidad y Antijuridicidad los cuales conforman lo que se denomina INJUSTO PENAL.

La Conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo que está encaminado a un fin o propósito.

La Tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en abstracto por el legislador en la ley.

La Antijuridicidad es lo contrario al Derecho. Es una oposición entre la conducta y una norma jurídico penal es decir es la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico.

2.3.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO.

La Imputabilidad y la Culpabilidad constituyen los elementos subjetivos del delito.

La Imputabilidad es entendida como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal. 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. (12)

La Culpabilidad es el nexos intelectual y emocional que une al sujeto activo con el acto que realiza.

Puede considerarse a la punibilidad como elemento subjetivo aunque esto es una controversia que aún no se ha resuelto. La Punibilidad consiste en el

(12) Castellanos op. cit. supra (1) p.218

merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.

Así por lo anterior no tratamos de dar respuesta a esta controversia por que sería realizar un exhaustivo estudio que no corresponde por ahora al estudio que realizamos.

2,4 EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD O ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.

Si el delito es como ya se ha expresado una conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible, cuando alguno de estos elementos falte el ilícito no se dará, así se dan los aspectos negativos del delito encontrando su base en la ausencia de conducta, en la atipicidad, en las causas de justificación, en la inimputabilidad, en la inculpabilidad y en las excusas absolutorias.

2.5 DIFERENCIA ENTRE CRIMEN, DELITO E INFRACCION ADMINISTRATIVA.

Es importante hacer una diferenciación entre terminos que malamente han sido usados como sinónimos.

El Crimen es una conducta antisocial propiamente dicha, es un episodio que tiene un principio, un desarrollo y un fin. (13)

Va contra el bien común, atenta contra la estructura básica de la sociedad, destruye sus valores fundamentales, lesiona las normas elementales de convivencia.

El Delito como ya lo habíamos dicho es el acto u omisión constitutivo de una infracción de la ley penal.

No todas las conductas antisociales son tipificadas en cambio el delito para tener este caracter debe estar tipificado en la ley

(13) Rodríguez op. cit. supra (§) p.30

La infracción administrativa es una transgresión a las disposiciones administrativas, tal como lo es una violación a la ley de Tránsito como pasarse un alto, andar desnudo en la calle, etc.

2.6 CRIMENES Y DELITOS EN EL DERECHO ROMANO.

En el Derecho Romano los delitos se clasificaban en delitos públicos y los que se les llaman crímenes y estos se encontraban sancionados con la pena de muerte, entonces eran conductas que afectaban el orden público y social pues entre ellos tenemos la alta traición, el parricidio, entre otros. Pero también existían los delitos del Derecho Privado y estos se desarrollaban ordinariamente en contra de los particulares y se les llamaba Delita Maleficia cuya sanción consistía en pena ordinaria.

.

2.7. CLASIFICACION DE LOS DELITOS. (14)

* EN FUNCION DE SU GRAVEDAD: Según una disposición bipartita se distinguen los delitos de las faltas; la clasificación tripartita habla de crímenes, delitos y faltas o contravenciones. En esta división se consideran crímenes los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad; por faltas o contravenciones, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

En México solo se hablan de delitos en donde subsumen también lo que en otros países son denominados como crímenes y la represión de faltas se abandona a disposiciones administrativas aplicadas por autoridades de ese carácter.

* SEGUN LA FORMA DE LA CONDUCTA DEL AGENTE: Por la conducta del agente o según la manifestación de voluntad los delitos pueden ser de acción y de omisión. Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva. En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consisten en la no ejecución de algo ordenado por la ley; se viola una ley dispositiva.

Los delitos de omisión se dividen en delitos de simple omisión y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia.

Los delitos de simple omisión consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir se sanciona por la omisión misma.

Los delitos de comisión por omisión o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Un ejemplo común del delito de comisión por omisión, se cita el de la madre que , con el deliberado propósito de dar muerte a su hijo recién nacido, no lo amamanta, produciéndose la muerte del recién nacido. La madre no

ejecuta acto alguno, antes bien, deja de realizar lo debido.

En los delitos de simple omisión, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material.

* POR EL RESULTADO: Según el resultado que producen, los delitos se clasifican en formales y materiales.

Los delitos formales son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca un resultado externo. Son delitos de mera conducta; se sanciona la actividad u omisión en sí misma. Ejemplo: Portación de arma prohibida, posesión ilícita de enervantes.

Los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la producción de un resultado objetivo o material. Ejemplo: Homicidio, Robo, etc.

* POR EL DAÑO QUE CAUSAN: Con relación al daño resentido por la víctima, o sea al daño causado al bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de lesión y de peligro. Los primeros, consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma violada, como el homicidio, el fraude, etc.; los segundos no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.

* POR SU DURACION: Los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

a) Instantáneo. La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. Puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos,

para la calificación se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como en el homicidio y el robo.

b) * INSTANTANEO CON EFECTOS PERMANENTES: Es aquel cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento , pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo. Por ejemplo el homicidio en el que se destruye instantáneamente el bien jurídico de la vida y la supresión del mismo, consecuencia de la conducta, perdura para siempre.

c) * CONTINUADO: En este delito se dan varias acciones y una sola lesión jurídica. Es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. Ejemplo: El sujeto que decide robar 20 botellas de vino , pero para no ser descubierto, diariamente se apodera de una hasta completar la cantidad propuesta.

d) * PERMANENTE: Puede hablarse de delito permanente cuando la acción delictiva misma permite, por sus características que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos, tal es el caso de los delitos privativos de la libertad como el plagio , el robo de infante, etc.

* POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD: Teniendo como base la culpabilidad ,los delitos se clasifican en dolosos y culposos. Algunos autores y legisladores agregan los llamados preterintencionales.

El delito es doloso cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico.

En la culpa no se quiere el resultado penalmente tipificado, mas surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para asegurar la vida en común.

Es preterintencional cuando el resultado sobrepasa a la intención del agente tal es el caso del sujeto que golpea a otro y lo hace caer causándole la muerte, sólo hubo dolo respecto a los golpes pero no se quiso la muerte.

* DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS: En función de su estructura o composición los delitos se clasifican en simples y complejos.

Son simples aquellos en los cuales la lesión jurídica es única, como el homicidio.

Delitos Complejos son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen. Ejemplo: Robo en casa habitación dentro del cual subsume el robo y el allanamiento de morada.

Se debe aclarar que no es lo mismo delito complejo que concurso de delitos. En el Delito Complejo la misma ley en un tipo crea el compuesto como delito único, pero en el tipo intervienen dos o más delitos que pueden figurar por separado; en cambio, en el concurso, las infracciones no existen como una sola, sino separadamente, pero es un mismo sujeto quien las ejecuta.

* DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES: Por el número de actos integrantes de la acción típica, los delitos se denominan unisubsistentes y plurisubsistentes; los primeros se forman por un solo acto, mientras los segundos constan de varios actos, éste a diferencia del complejo cada uno de los actos integrantes de una sola figura no constituye a su vez, un delito autónomo. Tal es el caso de quien vota en elecciones más de una vez en contravención con las disposiciones electorales de que no se debe de votar más de una vez.

* DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS: Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho

descrito en el tipo. El delito unisubjetivo es aquel en el que basta la actuación de un sujeto para colmar el tipo, tal es el caso del homicidio, el robo, la violación, etc.

El delito plurisubjetivo requiere de la concurrencia de dos conductas para integrar el tipo (siempre y cuando no opere una causa de inculpabilidad en alguno de los sujetos) tal es el caso de la asociación delictuosa.

* POR LA FORMA DE SU PERSECUCION: Por la forma de su persecución se dividen en delitos perseguibles de oficio o previa denuncia y privados o de querrela necesaria.

Los delitos perseguibles de oficio, la denuncia puede ser formulada por cualquier persona, son todos aquellos en los que la autoridad está obligada a actuar, por mandato legal, persiguiendo y castigando a los responsables con independencia de la voluntad de los ofendidos.

Los delitos privados o de querrela necesaria sólo pueden perseguirse si así lo manifiesta el ofendido o sus legítimos representantes. La razón por la cual se mantienen en las legislaciones estos delitos perseguibles por querrela de la parte ofendida, se basa en la consideración de que, en ocasiones, la persecución oficiosa acarrearía a la víctima mayores daños que la misma impunidad del delincuente.

La legislación señalará cuales son los delitos que se perseguirán por querrela.

* DELITOS COMUNES, FEDERALES, OFICIALES, MILITARES Y POLITICOS: Esta clasificación es en función a la materia, en donde los comunes constituyen la regla general, son aquellos delitos que se formulan en leyes dictadas por las legislaturas locales, los federales en cambio se establecen en leyes expedidas por el Congreso de la Unión.

Los delitos oficiales son los que comete un empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Los delitos del orden militar afectan únicamente al ejército. es jurisdicción de

TITULO SEGUNDO.- Delitos contra la libertad y seguridad de las
personas.

TITULO TERCERO.- Delitos contra la libertad sexual.

TITULO CUARTO.- Delitos contra el honor.

TITULO QUINTO.- Delitos contra el patrimonio.

*SECCION QUINTA: DELITOS EN MATERIA ELECTORAL.

TITULO UNICO.

*SECCION SEXTA: DELITOS CONTRA LA ECOLOGIA.

TITULO UNICO.

|||||

CAPITULO III CONDUCTA Y SU AUSENCIA

3.1 DEFINICION DE CONDUCTA.

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito o fin.

La acción ha sido considerada como el elemento básico o fundamental, que al ser penalmente relevante sumándosele las demás características o juicios de valor se comete en el delito.

Desde el punto de vista penal se entiende por acción aquel movimiento corporal, voluntario que le interesa al Derecho Penal , al provocar un resultado penalmente relevante y al atribuírsele a un sujeto en particular, entonces entendemos por acción aquel movimiento corporal que es penalmente relevante. A este elemento se le ha denominado de diferentes maneras entre otras se le ha llamado: acto, acontecimiento, hecho, acción y conducta .

Los dogmáticos alemanes en materia penal le han denominado ACCION que en una primera denominación lo consideran en sentido amplio para posteriormente, considerarla en sentido estricto, la que se traduce en la acción propiamente dicha convirtiéndose en comisión; así como omisión considerándola como una conducta en sentido negativo.

En nuestro sistema Penal del Estado de Guanajuato la hemos denominado: CONDUCTA, pues ha existido la crítica relativa a que dentro de la acción en sentido amplio no puede tener cabida la omisión como conducta en

sentido negativo, precisamente por ello es decir que un concepto negativo no puede ser comprendido por un concepto positivo. Por ello le hemos llamado conducta que significa : Comportamiento humano voluntario , y de esta manera , es decir como comportamiento humano podemos comprender dentro de él tanto la acción en sentido estricto o conducta positiva, como la acción en sentido negativo como lo es la omisión.

La Conducta o acción que como ya se dijo es el elemento básico para que exista delito cuando la ley le señala una pena, la somete a una doble valoración; la primera de ellas es desde el punto de vista objetivo y entonces estaremos hablando de la antijuridicidad, naturalmente previo exámen de la tipicidad; y la segunda de ellas se trata de una valoración subjetiva y entonces estaremos hablando de la imputabilidad y de la culpabilidad (16), atento a lo establecido por el artículo 11 de nuestro Código Penal Sustantivo.

El acto o acción en sentido estricto, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior, como lo afirma Cuello Calón "La acción en sentido estricto es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca. (17)

En consideración a lo anterior diremos que todo delito, es conducta humana y sólo la conducta humana tiene importancia para el Derecho Penal. El Hombre es el único ser capaz de voluntariedad, porque únicamente él puede ser sujeto activo de las infracciones penales; su importancia para la sociedad se pone de manifiesto en la intención del sujeto de dañar a través de su conducta, un bien jurídico fundamental.

Para que la conducta adquiriera la calidad de delito debe ser una acción voluntaria de quien la realiza, es decir, ejecutar dicha acción libremente sin

(16) Graf Zu Dohna Alexander. La Estructura de la Teoría del Delito. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina p.13

(17) Cuello Calón citado por Castellanos op. cit. supra (1) p. 152

que ésta sea impuesta por una voluntad distinta y sin elementos extraños que la determinen en un determinado sentido, debe ser una actividad que desencadene el proceso causal orientado a dañar un bien jurídico fundamental. En cuanto al resultado puede ser querido o no por el autor, dando esto lugar a un determinado tipo de delito ya sea doloso o culposo pero no afecta en nada la existencia del mismo. El sujeto al plantearse un fin, típico o atípico, todo su accionar se motiva y se mueve en función de esa finalidad.

3.2 CLASES DE CONDUCTA.

Existen dos clases de conducta: La dolosa y la culposa.

Se dará una conducta dolosa cuando la actividad o inactividad están dirigidas de manera intencional a producir o a no evitar el resultado típico; en ambos casos la conducta constituye un delito doloso, pues el resultado o consecuencia han sido deseados.

El sujeto se plantea un fin y su accionar se motiva y mueve en función de esa finalidad.

La Conducta Culposa se da si el resultado típico es causalmente producido por la conducta del sujeto deberá cargársele a él, pero no por haberlo querido causar con su acción, sino por su descuido al ejecutarla, por su falta de previsión hacia la consecuencia. En este caso el delito es culposo pues la conducta voluntaria no se dirigió a causar el resultado típico pero es necesario castigar el descuido del autor que lo produjo.

En la Conducta Dolosa la dirección final y el resultado se corresponden es decir el sujeto con su acción se propone alcanzar mediante ella un propósito definido antes de su ejecución y ese propósito coincide con el resultado obtenido.

En la Conducta Culposa la dirección real coincide con el resultado, no así la

final que le es ajena, el propósito del sujeto al realizar la acción no es el resultado obtenido sino uno que aunque pudo preverlo no lo deseó pero tampoco tomó precauciones para evitarlo.

3.3 FORMAS DE CONDUCTA.

La Acción en stricto sensu que es un hacer efectivo, un llevar a cabo que se traduce en una comisión cuando se viola una norma prohibitiva y la otra clase de conducta es la omisión que es un no hacer, un no llevar a cabo es no efectuar la conducta ordenada por la ley, por la norma pero es una forma de conducta que no hay que confundir con los casos de falta o ausencia de conducta.

Hasta aquí todo lo que hemos hablado de acción o conducta se encuentra referido a los sistemas Clásico y Neoclásico y agregaremos que en estos sistemas lo que interesaba era el movimiento corporal voluntario positivo o negativo, desencadenante del proceso causal y que modifica el mundo exterior. En este sentido se desenvuelve el concepto de acción o conducta, solamente basta que el movimiento corporal positivo o negativo que produce un resultado sea producto de la voluntad es decir el movimiento corporal debe de ser voluntario, sin tener en cuenta para nada lo que el sujeto quiere o pretende con su movimiento corporal. Entonces bastaba un nexo causal entre la voluntad y la conducta y un nexo causal entre la conducta y el resultado sin tener en cuenta aspectos positivos, para que de esta manera tuviéramos el concepto de conducta o acción.

Franz Von Liszt, basándose en la corriente filosófica del Ius Positivismo, que por cierto esta corriente consideraba ciencia a las naturales como estudio de los fenómenos de la naturaleza en sus relaciones constantes de causalidad con un método causal explicativo, que como dije influyeron grandemente en Liszt a tal grado de considerar que el delito se desarrolla a través de los nexos

causales como cualquier fenómeno de la naturaleza de tal manera que todo lo objetivo de la conducta lo ubica en la antijuridicidad y todo lo subjetivo en la culpabilidad refiriéndolo como responsabilidad pero siempre bajo la unión del nexo causal entre voluntad y conducta y entre ésta y el resultado.

3.3.1 ELEMENTOS DE LA ACCION.

Los elementos de la acción son: Manifestación de la voluntad, un resultado y una relación de causalidad.

La Manifestación de voluntad la encontramos cuando el sujeto utiliza todos los medios idóneos que inequívocamente nos demuestren que desea cometer un ilícito, que esos medios son los idóneos para conseguir su resultado.

El resultado se da como consecuencia de la conducta de lo que hizo o dejó de hacer para dañar el bien jurídicamente tutelado es pues la modificación del mundo exterior.

La Relación de Causalidad es el nexo que existe entre la conducta y la consecuencia misma. Esto quiere decir que el resultado que obtuvimos debe haberse dado como consecuencia de la realización de la conducta.

3.3.2 ELEMENTOS DE LA OMISION.

En la omisión existe una manifestación de voluntad de no actuar por ello podemos decir que los elementos de la omisión son: Voluntad e Inactividad.

La voluntad en este caso está encaminada a no realizar la acción que ordena el Derecho y en la Inactividad el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización está obligado.

Para Franz Von Liszt en la omisión la manifestación de voluntad consiste en "no ejecutar, voluntariamente, el movimiento corporal que debiera haberse efectuado".(18)

(18) Liszt citado por Castellanos op.cit. supra (1) p.156

La voluntad y la inactividad también aparecen en la omisión simple y en la comisión por omisión.

3.4 LA RELACION DE CAUSALIDAD EN LA ACCION. (19)

Entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal, es decir, el resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva. Serio problema es el de determinar cuáles actividades humanas deben ser tenidas como causas del resultado; se han elaborado gran cantidad de teorías dividiéndose éstas en dos corrientes: una generalizadora y otra individualizadora. De acuerdo a la primera, todas las condiciones productoras del resultado se consideran causa del mismo. En la segunda debe ser tomada en cuenta, de entre todas las condiciones, una de ellas en atención a factores de tiempo, calidad o cantidad.

En la corriente generalizadora tenemos:

*** TEORIA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES.- También conocida como de la *conditio sine qua non* (Von Buri), todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende son su causa. El resultado surge por la suma de todas las condiciones luego cada una es causa de toda la consecuencia y por ende respecto a ésta tienen el mismo valor. Esta teoría es intachable desde el punto de vista lógico; pero no desde el punto de vista jurídico ya que si así fuera tendría que castigarse como coautores del delito de adulterio, no sólo a la mujer casada que cohabita con varón que no es su marido y a quien yace con ella, sino al carpintero constructor de la cama.

Para evitar tales excesos se ha pretendido limitarla con la aplicación de correctivos, ya que no basta la comprobación del nexo causal, sino que precisa verificar si actuó con dolo o culpa.

(19) Castellanos op. cit. supra (†) p.157

En concreto, la teoría de la equivalencia, al ser acertada desde el punto de vista físico y lógico, lo es también en el campo jurídico, sin necesidad de correctivos; basta tener presente que la sola aparición de un resultado típico no es delito; se requieren los demás elementos esenciales integradores del ilícito penal.

En la corriente individualizadora tenemos:

*** TEORIA DE LA ULTIMA CONDICION, DE LA CAUSA PROXIMA O DE LA CAUSA INMEDIATA.

Ortmann sostiene que entre las causas productoras del resultado, sólo es relevante la última, es decir, la más cercana al resultado. Esto no es admisible ya que se le niega 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 evento.

*** TEORIA DE LA CONDICION MAS EFICAZ.

Es creada por Birkmeyer, para quien sólo es causa del resultado aquella condición que en la pugna de las diversas fuerzas antagónicas tenga una eficacia preponderante. Constituye una limitación a la de la equivalencia de las condiciones, pero su carácter individualizador le hace inaceptable al negar, con exclusión de las otras condiciones, la eficacia de las concausas y por ende la participación en el delito.

*** TEORIA DE LA ADECUACION O DE LA CAUSALIDAD ADECUADA.

Únicamente considera como verdadera causa del resultado la condición normalmente adecuada para producirlo. La causa es normalmente adecuada cuando dicho resultado, surge según lo normal y corriente de la vida. si el resultado se aparta de lo común no hay relación de causalidad

entre él y la conducta. Von Bar empieza por distinguir entre condición y causa, ésta es sólo la que produce, por ser idónea, regularmente el resultado.

3.5 CLASIFICACION DE LOS DELITOS RESPECTO DE LA CONDUCTA.

Por la conducta del agente, los delitos pueden ser de ACCION y de OMISION.

Como ya habíamos mencionado anteriormente los delitos de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva. El resultado se deriva de un hecho positivo del sujeto.

Los de Omisión violan una norma dispositiva. El resultado se deriva de la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto o disposición obligatoria. Estos delitos se dividen en delitos de simple omisión y delitos de comisión por omisión.

Los delitos de simple omisión consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan. Los delitos de comisión por omisión, o impropios delitos de omisión son aquellos delitos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Como ejemplo característico de este tipo de delito tenemos el de la madre que deliberadamente decide no amamantar a su hijo con el fin de que muera, en este caso la madre no realiza acto alguno sino que deja de realizar lo debido.

Por tanto podemos decir que en los delitos de omisión simple sólo se viola la norma que ordena porque el sujeto, no hace lo que se le manda y en la comisión por omisión se violan dos normas: la dispositiva (que impone el deber de obrar) y la prohibitiva (que sanciona la causación del resultado material penalmente tipificado) por cuanto manda abstenerse de producir el resultado típico y material. (20)

(20) IBIDEM p. 156

3.6 ELEMENTOS DE LA COMISION.

Dentro de la comisión tenemos también los elementos; Voluntad e Inactividad pero en ésta aparecen otros dos factores: un resultado material (típico) y una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.

Cualquiera que sea el resultado de la omisión, debe constituir una figura de delito prevista en la ley. Siempre hay un resultado jurídico; en la comisión por omisión hay además uno material.

En la comisión por omisión, como lo dejamos apuntado con anterioridad, la manifestación de voluntad se traduce, al igual que en la omisión simple, en un no obrar teniendo obligación de hacerlo, pero violándose no sólo la norma preceptiva sino, también, una prohibitiva, por cuanto manda abstenerse de producir el resultado típico y material.

3.7 CONDUCTA CLASICA Y NEOCLASICA.

En la Escuela Clásica o Causalista su tesis fundamental es la separación entre lo causal-objetivo y el animus-subjetivo.

Lo causal-objetivo es el campo de la antijuridicidad y el animus-subjetivo el de la culpabilidad, la antijuridicidad se refiere al acto y la culpabilidad se encuentra referida al autor. El delito se encuentra formado por acción, resultado y relación de causalidad. (21)

Acción como ya se mencionó anteriormente es el movimiento corporal voluntario capaz de modificar el mundo exterior y es la causa del resultado de dicha modificación por tanto encontramos que la relación causal es el nexo entre acción y resultado. Su objetivo principal es aprehender la dimensión naturalística del delito; consecuencia de ello es la importancia que alcanza en

(21) Monterroso Salvatierra Jorge Efraín. Culpa y Omisión en la Teoría del Delito. Editorial Porrúa S.A. México 1993 p.48

su sistematización la categoría "relación causalidad" en un intento por resolver el problema de la atribuibilidad del hecho a su autor.

El tipo se aprecia como la simple descripción del aspecto objetivo del hecho, la antijuridicidad es el juicio sobre el acto ejecutado, es el juicio de valor o de disvalor que se efectúa desde el punto de vista objetivo sobre la conducta típica que contradice el orden jurídico, por ello la antijuridicidad, es un juicio de valor (o disvalor) que determina la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico.

La culpabilidad consiste en un juicio de valor sobre el aspecto subjetivo del comportamiento, una confrontación del hecho con su autor basada en el nexo psicológico o sea el contenido de voluntad.

El causalismo ha sido acusado de ser una teoría no consecuente con la realidad porque su concepto de acción afirma la existencia de una voluntad sin contenido ya que el mero impulso voluntario y vacío no se produce en el mundo real.

El Neoclásico o también llamado Normativismo, es una crítica del causalismo. Se atribuye la paternidad del normativismo a Reingard Frank, quien lo planteó en 1907 pero se reconoce en Goldschmidt al autor de su total elaboración en 1913 en su obra: "CONCEPCION NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD". (22)

Se le da el nombre de normativismo porque se centra en buscar la razón de la reprochabilidad en la vinculación del acto psíquico al orden normativo, pero principalmente se debe a que Goldschmidt recurrió a la llamada por él "norma deber" que existe junto a la "norma de derecho" para justificar el reproche.

El Derecho se refiere a la conducta externa y el deber a la conducta interior. Esta debe de ser motivada por las representaciones del orden jurídico. La base del juicio de culpabilidad es haber violado la norma de deber, pero el acto psicológico y los motivos del comportamiento continúan siendo los elementos para realizar la comparación entre la acción llevada a cabo por el autor y lo

que se esperaba de él conforme al deber.

La acción deja de ser un mero acontecer naturalístico y se aprecia en ella una conducta susceptible de ser valorada normativamente. El Tipo no se ve como una descripción de lo objetivo ya que se descubre en él una unidad de elementos subjetivos y normativos que forzosamente deben existir en la conducta para hacerla típica. La culpabilidad se comprende como un juicio de valor y no como un nexo psicológico hecho-autor, el dolo y la culpa surgen como presupuestos de la culpabilidad.

El Sistema Neoclásico coincide en su mayoría con lo establecido en el Sistema Clásico o Causalista, se puede afirmar que las diferencias existentes entre ambos sistemas solo radica principalmente en dos puntos: El primero de ellos con el descubrimiento de elementos subjetivos en el tipo penal, descubrimiento que se le atribuye a Fisher en 1911 y que fueron ratificados por Mayer en 1915; el segundo punto de diferencia lo encontramos precisamente en la culpabilidad pues este elemento subjetivo ya no es solo una relación psicológica entre el sujeto y su resultado sino que en el neoclásico tenemos una relación normativa entre el sujeto y la norma, la culpabilidad es un juicio de valor, es un juicio de reproche que se le finca al sujeto que siendo imputable y por lo mismo pudiendo obrar conforme a lo que la norma le exige obró de manera diferente, es decir, obró con dolo o con culpa siéndole exigible lo que la norma determina. Estas dos son pues las grandes diferencias entre el Sistema Clásico o causalista atribuido a Liszt y el Sistema Neoclásico atribuido a Frank.

3.8 CONCEPTO ONTICO DE ACCION (ACCION FINALISTA).

La Conducta, en cuanto a su contenido de voluntad, está relacionada con un resultado típico, respecto del cual su autor

(22) Monterroso op.cit. p.49

tiene la obligación de no causarlo o en su caso evitarlo.

La diferencia entre lo doloso y lo culposo se establece tomando en cuenta la manera como opera la dirección final en cada clase de conducta con relación al resultado; en el dolo se quiere y en la culpa no se desea; en ambos casos se produce por la acción o no es impedida por la omisión del sujeto, por eso debe responder él penalmente aunque no al mismo nivel de responsabilidad.

El Concepto Jurídico-Penal de conducta, como elemento esencial del delito, debe coincidir con su naturaleza óntica, por lo tanto no puede dividirse a nivel de teoría cuando en la realidad es una, como pretende hacerlo el causalismo. La Unidad Ontológica de la acción penal se logra a nivel teórico, si se acepta que en la conducta típica está presente tanto la voluntad como el contenido de voluntad. Aquélla es el mero impulso voluntario de la actividad o inactividad, según sea el caso, en cambio, el contenido de voluntad, es la dirección volitiva que le imprime el autor a su comportamiento, según lo guíe a causar un resultado típico o uno atípico.

Lo anterior quiere decir que la voluntad es un factor rector que se traduce en la autodeterminación del sujeto, voluntad que se expresa hacia el exterior a través de una acción o a través de una omisión. Esta voluntad contiene dos factores, el factor externo que no es otra cosa más que el movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior; y el factor interno o factor de dirección que es el contenido de la voluntad es decir que es lo que el sujeto quiere o pretende con su movimiento corporal y que no es otra cosa más que el Dolo esto considerado como una unidad, es decir, voluntad factor básico, unido con su factor externo y el factor interno constituyen el concepto óntico de la acción. Este es pues el Concepto de Acción de la Teoría Finalista que es un concepto que proviene de los Hegelianos y que Liszt lo fracciona para poner el factor externo en la parte objetiva del delito como lo es la antijuridicidad y ubicando el factor interno en la parte

subjetiva del delito como lo es la culpabilidad e incluso refiriéndolo como responsabilidad.

Welzel tomando en consideración este concepto que manejaban tanto Hegel como sus seguidores, y tomando en cuenta los estudios realizados por Zu Dohna quien manifestaba que la culpabilidad es un juicio de valor y que este juicio de valor tenía un objeto de valoración que era el dolo y la culpa como factor interno, luego entonces culpabilidad y su objeto de valoración no era la misma cosa, por lo tanto el objeto de valoración debía estar en otra parte. Este pensamiento lo utiliza Welzel quien vuelve a crear el Concepto Ontico de Acción extrayendo para ello el dolo y la culpa de la culpabilidad para ponerlo donde le corresponde, es decir en el concepto de acción y como la acción está descrita en el tipo luego entonces dolo y culpa son elementos subjetivos del tipo mucho más importantes que los especiales elementos subjetivos descubiertos por Mayer en 1915.

3.9 AUSENCIA DE CONDUCTA.

Se debe determinar que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará.

Es pues al ausencia de conducta uno de los aspectos negativos o que impiden la formación de la figura delictiva por ser la actuación humana, positiva o negativa la base indispensable del delito. Fernando Castellanos le llama a la conducta "soporte naturalístico del ilícito penal." (23)

Debemos recordar que en nuestro Código Penal el delito es "conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible" por tanto si falta la conducta faltaría un elemento esencial y no se configuraría el delito.

Una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de

(23) Castellanos op.cit. supra (1) p.162

conducta es la llamada VIS ABSOLUTA o fuerza física exterior irresistible, esta se configura cuando el sujeto se halla empujado por una fuerza de tales características que aunque sea imputable y se encuentre en perfecta salud y desarrollo mentales , no puede resistirse y en el campo del Derecho no es una acción humana voluntaria por no existir la manifestación de voluntad , ya que su actuar no sería como hombre sino como un mero instrumento. Quien es violentado materialmente, forzado de hecho, no comete delito ya que sería como el instrumento del cual se vale el asesino para cometer su ilícito.

También se consideran como factores eliminatorios de la conducta a la VIS MAIOR (fuerza mayor) y a los movimientos reflejos, la presencia de cualquiera de éstos demuestra la falta del elemento volitivo.

La Vis Absoluta y la Vis Maior difieren por razón de procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza es decir, es energía no humana.

De acuerdo a nuestro Código Penal del Estado de Guanajuato en su artículo 16, establece que no existe conducta cuando se viola la ley penal por fuerza física irresistible, impedimento físico, fuerza mayor o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente.

... ..

CAPITULO IV TIPICIDAD

4.1 CONCEPTO

La Tipicidad es el segundo elemento del Delito o bien también se le considera como la primera característica objetiva de la conducta; también se le ha entendido como un juicio de valor representado por el estudio que se hace de la conducta dada en la realidad misma que para que sea típica es necesario que reúna los elementos objetivos, subjetivos y entre éstos los subjetivos normativos que el tipo penal exige, por lo tanto cuando una conducta encuadra con la descrita en el tipo penal , a esto se le llama: TIPICIDAD y cuando esto sucede se afirma entonces que la conducta es típica, por lo tanto lo típico o lo típica es el resultado del juicio de valor de la tipicidad.

La Tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, en nuestra Constitución Política, en su artículo 14 establece en forma expresa: "En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". () Lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

Se debe hacer una distinción entre tipo y tipicidad:

El Tipo es la creación legislativa, la descripción en abstracto que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales.

La Tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley.

Existirá Falta o Ausencia de Tipo cuando el legislador deliberada o inadvertidamente no describe una conducta que según el sentir general debía ser incluida como delito.

4.2 TIPO DE BELING (1906).

Ernest Von Beling eminente jurista alemán, fué el primero de los dogmáticos que sistematiza el Tipo Penal; y con ello agrega un elemento más a la definición que nos da Von Liszt en relación con el delito.

Ernest Von Beling publica su obra "La Teoría del Tipo" en 1906, definiendo al Tipo Penal como: "La descripción en abstracto de la conducta que se considera delito o bien que se le considera penalmente relevante." Este dogmático consideraba a la Tipicidad como un elemento autónomo, es decir, que no lo relacionaba ni con el juicio de valor de la antijuridicidad, ni con el juicio de valor de la culpabilidad, además de que solamente contenía elementos objetivos. En virtud de lo anterior el Tipo Penal de Beling era considerado como un tipo avalorado y neutro; Avalorado precisamente por lo que ya se dijo, por considerarlo autónomo sin ninguna relación con la antijuridicidad y la culpabilidad; y neutro porque solo contenía elementos objetivos.

Es menester hacer mención en este momento que Ernesto Von Mayer empieza a relacionar la tipicidad con la antijuridicidad, por lo que este autor que en 1915 descubre los elementos subjetivos del tipo, le da a la tipicidad un carácter indiciario de la culpabilidad y de esta manera aparece la ratio-cognoscendi de la antijuridicidad, considerando Mayer a diferencia de Beling, que toda conducta típica puede ser antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación.

También en contraposición con Beling, Edmundo Mezger relaciona totalmente la tipicidad con la antijuridicidad de tal forma que para éste último autor la tipicidad es la razón esencial de la antijuridicidad, es la ratio-essendi de la antijuridicidad, por lo mismo considera que toda conducta típica es antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación.

4.2.1 ELEMENTOS DEL TIPO DE BELING.

Como ya dijimos el Tipo Penal de Beling, es un tipo avalorado y neutro; y es neutro precisamente porque contenía únicamente elementos objetivos, según lo establece en su obra "La Teoría del Tipo" de 1906.

Los elementos objetivos del tipo penal de Beling son los siguientes: Conducta, considerada como movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior, considerado consecuentemente como manifestación de voluntad hacia el exterior que se traduce en acción (comisión) y omisión.

El Resultado que es la modificación del mundo exterior, modificación considerada como consecuencia de la causa que es el movimiento corporal voluntario positivo o negativo.

Otro elemento objetivo es el nexo causal, vínculo de causa-efecto que une a la conducta con su resultado.

Especiales Formas de Ejecución, éstos son los llamados medios comisivos a través de los cuales, algunos tipos penales, exigen que la conducta se realice para poder tipificar; como ejemplo de esto tenemos la violencia física o moral en el delito de violación.

Modalidades de Tiempo, modo, lugar u ocasión que algunos tipos penales exigen para poder tipificar así por ejemplo tenemos modalidad de lugar en el delito de

asalto en el cual la conducta tiene que desarrollarse en un lugar determinado como lo es en despoblado o en paraje solitario. Como modalidad de tiempo, algunos tipos exigen que la conducta tiene que desarrollarse en un tiempo determinado, como ejemplo de ésto tenemos el infanticidio en el cual la madre priva de la vida a su hijo al momento del nacimiento o dentro de las 72 horas; y como modalidad de modo u ocasión tenemos la alevosía en el robo calificado.

Otro elemento son los sujetos activo y pasivo en los que hay que ver calidad y número; algunos tipos penales exigen una calidad en el sujeto activo o el sujeto pasivo la calidad de ser padre, de ser madre, de ser hijo, la calidad de ser ascendiente o descendiente, funcionario público.

Respecto al número debemos decir que los tipos penales en su mayoría están redactados en singular que solo requieren de un sujeto activo, sin embargo, existen tipos que requieren de una pluralidad en el sujeto activo como en el caso de la asociación delictuosa.

Debemos recordar que el sujeto activo de un delito es la persona que daña con su conducta un derecho jurídicamente protegido por la norma. El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; como ocurre en el homicidio en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras que los ofendidos son los familiares del occiso.

El Objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que se concreta la acción delictuosa; y el objeto jurídico es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan. (24)

(24) IBIDEM p.152

4.3 ELEMENTOS DEL TIPO SEGUN LA TEORIA FINALISTA.

Ernesto Mayer basado en Fisher en 1911 y en Hegler (1914), descubre que el Tipo Penal de Beling no solamente contenía elementos objetivos, sino que algunos tipos penales requerían de cierta subjetividad que en la descripción legal se exigía y por lo mismo era necesario demostrar su existencia en la conducta dada en la realidad para de esta manera poder tipificar así tenemos los ESPECIALES ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO como son entre otros:

Animos, propósitos, fines, conocimientos, saberes que no son objetivos, sino que pertenecen al intelecto del sujeto, a la subjetividad del sujeto activo; así mismo se descubren los elementos normativos del tipo, que por las razones apuntadas se encuentran catalogados dentro de los elementos subjetivos, pero que son juicios de valor que se dejan a la interpretación del juez tomando en consideración lo que por ellos se entiende en la colectividad, y así tenemos el honor, la castidad, la honestidad, la honorabilidad, la honra, la deshonra, la ajeneidad de la cosa, la propiedad, la posesión. Todos estos elementos subjetivos pertenecen al sistema neoclásico con Mayer y con Mezger, pero con la Teoría de la Acción Final tomando en consideración el Concepto Ontico de la Acción y con lo afirmado por Zu Dohna en relación a que la culpabilidad es un juicio de valor que tiene un objeto y que el objeto de valoración es la conducta considerada en su factor interno o factor de dirección que no es otra cosa mas que el dolo ; dicho tratadista consideró que el juicio de valor de la culpabilidad y su objeto no pueden ser la misma cosa y por lo tanto, el dolo y la culpa no deben estar dentro de la culpabilidad, a la manera de los clásicos y los neoclásicos. Con base en éste razonamiento y con base en Hegel, Welzel reconstituye el concepto óntico de acción que anteriormente había sido fragmentado por Von Liszt, por lo que extrae de la estructura de la culpabilidad

el dolo y la culpa que son el factor de dirección de la conducta y los sitúa junto al factor externo de la conducta y reconstituye el concepto óntico de acción de tal manera que como la conducta está descrita en el Tipo y con Welzel considerada en sus dos factores, resulta ser que el dolo y la culpa pasan a ser elementos subjetivos del tipo mucho más importantes que los especiales elementos del tipo descubiertos por Mayer y los normativos subjetivos a que hace alusión Mezger.

4.4 ATIPICIDAD.

Quando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado Atipicidad.

La Atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo.(26) Ya que si la conducta no es típica, no podrá ser delictuosa.

Surge cuando existe el Tipo pero la conducta dada no se amolda a él, como en el caso del delito de estupro configurado en el artículo 252 de nuestro Código Penal que dice: "Al que tenga cópula con mujer honesta, menor de 16 años, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o engaño..."; entonces si la cópula se realiza con mujer honesta mayor de 16 años obteniendo su consentimiento mediante engaño, el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa.

Las causas de atipicidad son las siguientes: (27)

- a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.
- b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico.
- c) Cuando 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.

CAPITULO V LA ANTIJURIDICIDAD

5.1 DEFINICION.

La Antijuridicidad es una relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico. Es un concepto negativo, es por ello que comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho.

Según Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal.(28)

El Juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; la antijuridicidad es puramente objetiva, atiende solo al acto, a la conducta externa.

La Antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. (29) Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación.

5.2 TESIS DE MAX ERNESTO MAYER. (30)

Max Ernesto Mayer da un contenido específico, concreto a la antijuridicidad. Dice que la antijuridicidad es la contradicción a

(28) Cuello Calón citado por Castellanos op.cit. p.177

(29) Castellanos op. cit. 178

(30) IBIDEM p.179

las normas de cultura, reconocidas por el Estado. Pretende dar un contenido ético aun concepto eminentemente jurídico; para él, la norma cultural comprende costumbres, valoraciones medias, sentimientos patrios, religiosos, etc.

Como ya hemos dicho anteriormente Mayer consideraba una relación entre la tipicidad y la antijuridicidad de tal manera que le concedía a la tipicidad un carácter indiciario de la antijuridicidad es decir, que a través de la tipicidad podemos conocer la antijuridicidad.

5.3 ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL.

La antijuridicidad es un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial de valor, pero Franz Von Liszt elaboró una doctrina dualista de la antijuridicidad.

El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado, es decir es una simple contradicción a la norma, y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Según Cuello Calón el doble aspecto de la antijuridicidad consiste en:

- a) La rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y
- b) El daño o perjuicio causado por esa rebeldía (antijuridicidad material).

Por lo anterior, si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida en grupo y por ello el Estado proclama sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas. (31)

5.4 AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.

Puede ocurrir que la conducta típica esté en

(31) IDEM p.181

aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación.

Las Causas de Justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad. Por ejemplo: Comete delito de homicidio de acuerdo al artículo 201 de nuestro Código Penal el que priva de la vida a otro, la conducta del sujeto será típica y sin embargo puede no ser antijurídica si se descubre que obró en defensa legítima, por estado de necesidad o en presencia de cualquier otra justificante.

Cuando el sujeto rebasa los límites de una conducta legitimada por una justificante, surge la ilicitud pues mientras las causas de justificación excluyen la antijuridicidad del comportamiento, el exceso queda ya situado dentro del ámbito de lo delictuoso.

Nuestra legislación hace referencia al exceso; en el artículo 34 dispone: " El que actúa justificadamente pero excede los límites impuestos por la ley o por la necesidad será castigado con un tercio del mínimo a un tercio del máximo de la pena que corresponda al delito cometido, según sea doloso o culposo el exceso. No es punible el exceso proveniente de una excitación o perturbación mental que las circunstancias hicieren excusable."

5.4.1 CONSENTIMIENTO

Al enunciar a las causas de justificación nuestro texto legal dice que : " El hecho se justifica:

I. Cuando se comete con consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares." (Cod. Penal Edo. Gto. art. 33 fracc.I)

El consentimiento del sujeto pasivo es la manifestación primordial del principio de la ausencia de interés y este consentimiento debe ser válido según

la ley, pero ¿Cuáles son los casos en los que el consentimiento es válido?

- I. Que provenga del titular del bien jurídico tutelado.
- II. Que verse sobre bienes disponibles jurídicamente por su titular.
- III. Que provenga de una persona capaz.
- IV. Que la voluntad no esté viciada.

Si se reúnen estos elementos, la conducta pierde su calidad antijurídica, dejando de ser delictuosa.

Por otra parte, es necesario establecer que el consentimiento debe otorgarse antes o coetáneamente a la realización de la conducta. El consentimiento subsequens no tiene efectos eliminatorios de antijuridicidad.

La ley no precisa la forma del consentimiento así que podemos decir que éste puede darse válidamente de manera expresa o tácita, fundamentado lo anterior en el principio general de derecho que donde la ley no distingue no debemos distinguir. (32)

5.4.2 LA LEGÍTIMA DEFENSA

La Defensa Legítima es una de las causas de justificación de mayor importancia. La Legítima Defensa es la repulsa hacia una agresión actual inminente y antijurídica por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección. (33)

Para la escuela Clásica, la legítima defensa descansa en la necesidad; ante la imposibilidad de que en un momento dado el Estado acuda en auxilio del injustamente atacado, para evitar la consumación de la agresión, es lícito y justo que él se defienda; así, la defensa privada sustituye a la defensa pública.

Para la Escuela Neoclásica el agresor muestra su temibilidad al atacar injustamente, resultará lícito cuando se haga para rechazarlo, por tratarse de

(32) Cardona Arizmendi Enrique. Código Penal Comentado del Edo. de Gto. 2ªedic. Edit. Orlando Cárdenas. Iraúato, Gto. 1996 p.135

un acto de justicia social; el sujeto que se defiende no es peligroso.

Según Hegel, si la agresión injusta es la negación del Derecho, la defensa legítima es la negación de esa negación y por lo tanto, la afirmación del Derecho, siendo su fin la anulación de la injusticia.

El Código Penal para el Estado en el artículo 33 fracción segunda establece: " Cuando se obrare en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla e impedirla ..."

Es fundamento de la legítima defensa, la preponderancia de intereses, pero no por considerar de mayor importancia el interés del agredido que el del agresor, sino en virtud de que para el Estado es preponderante el interés de mantener por sobre todo los derechos y bienes jurídicos que integran el orden social, y el propósito del Estado es paralizar el ataque del agresor al permitir la legítima defensa, ya que para el Estado el agresor representa el individuo transgresor de la ley que pone en peligro el orden social siendo una amenaza pública, pues si a todos los individuos se les ha garantizado la vida y el disfrute de los mismos bienes jurídicos, entonces esto también representa una solidaridad entre los miembros y el respeto entre cada uno de ellos y para la comunidad en que viven, situación que es violada por el injusto agresor.

Se da preeminencia al bien social sobre el bien de un particular que el propio interesado expone al constituirse en agresor y por eso es lícito y jurídico sacrificar una vida o un bien jurídico concreto cuando cualquiera de ellos han sido expuestos por su titular ya que éstos dejan de ser de interés social cuando se vuelve contra la sociedad y el orden social, que son los verdaderos objetivos de toda protección penal.

De acuerdo con Ignacio Villalobos en la Legítima Defensa está de por medio siempre un bien más valioso; por eso es jurídico el sacrificio del interés

que socialmente resulta menor, aún cuando desde puntos de vista individuales pudiera parecer igual o mayor. (34)

Como elementos de la legítima defensa se señalan los siguientes:

- a) Una agresión injusta y actual.
- b) Un peligro inminente de daño, derivado de la agresión sobre bienes jurídicos tutelados.
- c) Repulsa de dicha agresión.

Puede existir un exceso en la Legítima Defensa ; esto se da cuando el injustamente agredido rebasa los límites de un comportamiento legitimado, colocándose en el ámbito de lo antijurídico. Es la innecesaria intensificación de la reacción defensiva.

5.4.3 ESTADO DE NECESIDAD

El Estado de Necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona. (35)

El sujeto al actuar ante una situación de peligro tiene que elegir bajo un estado de coacción por la amenaza del mal que está por venir; entre ese mal o lesionar un bien jurídico ajeno para salvar el propio o el de personas extrañas, esto es un criterio subjetivo, estima que el problema se reduce a considerar la acción humana como un proceder motivado por la violencia moral.

Ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir, el Estado opta por la salvación de uno de ellos , vuelve a surgir el principio del interés preponderante; nada más cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante, porque sólo entonces el atacante obra con derecho jurídicamente.

(34) Ignacio Villalobos citado por Castellanos op.cit. p. 205

(35) Cuello Calón citado por Castellanos op. cit. p.203

Hegel adopta una posición diferente y encuentra el fundamento en el plano objetivo al decir que el sujeto reafirma con su actuar un derecho superior como lo es el de la propia vida y no permitirle poner a salvo su vida, cuando ésta se encuentra en peligro, es pretender la negación de todos sus derechos. (36)

Los elementos del estado de necesidad son: (37)

- a) Una situación de peligro, real, actual o inminente.
- b) Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia 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 la fracción tercera del artículo 33 de nuestro código penal se establece la existencia del Estado de Necesidad de la siguiente manera: "Cuando en situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno se lesione otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el peligro sea actual o inminente.
- b) Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro.
- c) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No operará esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando los responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro."

El peligro es la posibilidad de sufrir un mal, tal peligro debe de ser actual o inminente tomando en cuenta que lo actual es lo que está ocurriendo; inminente es lo próximo o muy cercano. Este peligro no debe ser provocado por el

(36) Hegel citado por Castellanos op. cit. p.204

(37) Castellanos op. cit. supra (1) p. 206

Penal para el estado de Guanajuato dice en su fracción cuarta artículo 33 que el hecho se justifica : "Cuando se obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho."

Al estructurarse la fórmula que comprende a ambas justificantes y por lo que se refiere a la primera de ellas, el legislador ha subrayado con acierto la naturaleza del deber, tal precisión es indispensable también porque existen normas jurídicas, morales, religiosas, reglas de trato social, etc. cada una de las cuales es fuente de deberes , por ello sólo la norma jurídica es fuente de deberes jurídicos por lo que únicamente puede dotarse de justificación a una conducta realizada en cumplimiento de un deber emanado de una norma jurídica y no al cumplimiento de un deber que provenga de una norma religiosa o de una regla de trato social o de cualquier otra clase de norma. En consideración a lo anterior podemos concluir que el deber debe ser legal y su cumplimiento también.

El Cumplimiento de un Deber debe traducirse en actos cuya licitud esté enmarcada en la ley, si no hay tal, la conducta no puede justificarse y caeríamos en el ámbito del exceso.

También se reglamenta el ejercicio de un derecho precisando que debe ser legítimo. Corresponderá al juzgador precisar si el deber o el derecho son legales o legítimos respectivamente acudiendo al ordenamiento penal y en total al orden jurídico.

Como ejemplos de lo anterior tenemos las lesiones inferidas en la práctica de un deporte, toda vez que el deporte es una actividad autorizada por el Estado de manera tal que su práctica constituye el ejercicio legítimo de un derecho. Tenemos también la intervención médico-quirúrgica, el derecho de corrección de que gozan los padres respecto de sus hijos, etc.

Además como puede observarse nuestro código penal a diferencia del Código del Distrito Federal suprime el tratamiento del impedimento legítimo y de

CAPITULO VI IMPUTABILIDAD

6.1 DEFINICION

Antes de realizar el estudio de la culpabilidad es necesario el estudio de la Imputabilidad, pues para que un sujeto sea culpable debe ser imputable, ya que para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo debe tener capacidad de querer y de entender y de determinarse en función de aquello que conoce.

En este apartado estudiaremos la imputabilidad toda vez que nuestro Código Penal considera como elemento subjetivo autónomo a la imputabilidad; naturalmente que debemos de tener presente que este elemento subjetivo del delito como lo es la imputabilidad en la dogmática Penal Alemana Clásica y Neoclásica, se le considera como elemento integrante de la culpabilidad, en el primer sistema o teoría tradicional, como presupuesto de la culpabilidad y en el Sistema Neoclásico como elemento de la culpabilidad.

Podemos definir a la Imputabilidad como: "La capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal." (40) Es un concepto psicológico-jurídico

(40 Castellanos op. cit. supra (10 p.217

que significa que el sujeto posee los elementos intelectuales y necesarios para conocer la conducta y el orden jurídico que establece la posibilidad de que emita un juicio en el que contraste la conducta y el orden jurídico.

La Capacidad de determinarse de acuerdo con el conocimiento de la ilicitud de su comportamiento no es otra cosa más que la facultad de regirse o autodeterminarse ya que no basta con la simple comprensión sino que es necesario la aptitud para autocontrolarse para que así el sujeto sea plenamente imputable pues si falta la capacidad de autodeterminación, aunque el sujeto conozca la ilicitud de su conducta no podrá cumplirse el fin de la pena tal sería el caso del sujeto que conociendo un mandato lo viola por un trastorno mental transitorio.

Con lo anterior concluiremos que la Imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el sujeto, en el momento en que realiza el acto típico penal y por ende lo capacitan para responder del mismo. (41)

6.2 LA RESPONSABILIDAD.

La Responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado.(42)

Como ya se dijo anteriormente es imputable el sujeto que tiene desarrollada la mente y no padece ninguna enfermedad psicológica que lo imposibilite para entender y querer, esto quiere decir que el individuo al momento de realizar la acción es poseedor del mínimo de salud y desarrollo psíquico que exige el Código Penal de nuestro Estado.

(41) IBIDEM p.218

(42) IDEM p.219

En ocasiones se confunde la Responsabilidad equiparándosele con la imputabilidad o usándose como sinónimo de culpabilidad si se toma en el sentido de que el sujeto imputable tiene obligación de responder del hecho ilícito ante la autoridad sujetándose a un proceso en donde puede ser condenado o absuelto, pero en realidad el término responsabilidad se usa cuando hablamos de la situación jurídica en que se coloca un sujeto que realiza un acto típicamente contrario a Derecho, si se obró culpablemente, ya que el fallo judicial concluye con la declaración: "Teniendo al acusado como penalmente responsable del delito que motivó el proceso y señalando la pena que le corresponda."

Por tanto la responsabilidad es una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que el sujeto obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias que señala la ley a su conducta. (43)

6.3 INIMPUTABILIDAD.

Para que se dé la formación de la figura delictiva debe existir imputabilidad que como ya se había mencionado es la calidad del sujeto referida al desarrollo y la salud mentales, la calidad de responder ante el Derecho Penal, cuando no existe esa calidad o ese desarrollo mental el sujeto se convierte en inimputable y por ende no se configurará la figura típica penal.

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad, y las causas por las cuales el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad se denominan: CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

6.3.1 CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

La Inimputabilidad es el aspecto negativo de la

(43) IDEM p. 219

imputabilidad y debemos recordar que este elemento subjetivo del delito se configura a la vez de dos factores o ingredientes; el primero de ellos es el elemento intelectual que se traduce en el saber, conocer, comprender, la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con esa comprensión; el segundo de los ingredientes de la inimputabilidad lo encontramos en el elemento volitivo que se traduce en el querer.

Entonces saber, conocer, comprender y querer es lo que hace que un sujeto sea inimputable, es decir, un sujeto capaz con una conciencia que le permita relacionarse con el exterior de tal manera que cuando el sujeto no se encuentra en la posibilidad de relacionarse a el exterior a través de la conciencia estaremos en presencia de la inimputabilidad.

Por lo tanto un sujeto inimputable es un sujeto incapaz, incapacidad que debe presentarse en el momento mismo de la realización del hecho y de ésta manera las causas de inimputabilidad que establece nuestro código son las siguientes: (44)

- I. Enfermedad mental que perturbe gravemente la conciencia.
- II. Desarrollo Psíquico incompleto o retardado.
- III. Grave perturbación de la conciencia sin base patológica.
- IV. La Edad (menor de 16 años).

Al hablar de enfermedad mental que perturbe gravemente la conciencia se establece que ésta anula totalmente la capacidad de comprensión y de autocontrol del sujeto, ya que la conciencia es una facultad intelectual que nos permite establecer una relación, un vínculo con el mundo exterior y cuando no existe ese vínculo por un estado de inconciencia grave el sujeto es inimputable.

En cuanto al Desarrollo Psíquico Incompleto el Código se refiere a la sordomudez, la ceguera y a cualquier otra causa que por su naturaleza impida la total vinculación del sujeto con el mundo que lo rodea y por tanto a la esfera de normas a que se debe someter o acatar.

(44) Guanajuato. Código Penal Sustantivo Vigente artículos 35-39

El Desarrollo Psíquico Retardado se refiere a el retraso mental tales como las oligofrenias (idiocidad, imbecilidad, etc.) que tampoco permitan el vínculo del sujeto con el mundo que lo rodea.

En el caso de la Grave Perturbación de la Conciencia sin base patológica puede haber sido ocasionada por el ingerimiento de bebidas alcohólicas o por el uso de estupefacientes, psicotrópicos, etc., siempre y cuando la ingestión o el uso haya sido involuntario o por error. En estos casos para determinar la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto es indispensable que se determine la existencia de la causa, luego precisar las consecuencias de la misma en el sujeto para que finalmente sea el juez quien decida la existencia o no de la imputabilidad.

El juez deberá cuidar y exigir el correcto y completo acreditamiento legal de la grave perturbación sin base patológica, ya que si en el caso de la ingestión de bebidas alcohólicas, el sujeto lo hace voluntariamente por algún problema de origen emocional entonces el sujeto será imputable y luego se procederá a determinar el vínculo entre la conducta y el resultado en el momento de la comisión del delito (doloso, culposo o preterintencional).

Por el contrario, si a la causa de inimputabilidad se llega involuntariamente, entonces el sujeto es inimputable y no será posible aplicar sanción alguna. Para dejar más claro el aspecto anterior tenemos como ejemplo la siguiente jurisprudencia acerca de la embriaguez accidental que dice lo siguiente: "La Embriaguez es accidental cuando el agente cae en dicho estado por caso fortuito, por cualidades excepcionales de la bebida que él ignoraba, por condiciones patológicas desconocidas de su organismo o por la maliciosa acción de un tercero". Sexta Epoca, Segunda parte, Tesis relacionada visible a fojas 77 del tomo LXIV del Semanario Judicial de la Federación.

Como podemos ver el sujeto que caiga en este supuesto será inimputable por haberse colocado involuntariamente en el estado de embriaguez y en ese momento

si comete un delito no tendrá plena conciencia de su conducta y por tanto no podrá ser responsable de ella. A éstas se les denomina Acciones Liberae Causae.

En cuanto a la Edad el artículo 39 de nuestra legislación penal establece que no es imputable quien en el momento del hecho es menor de 16 años. Al menor de 16 años que comete un delito se le denomina menor infractor y solamente se le aplica un tratamiento tutelar administrativo.

El señalamiento que hace el legislador de un límite de edad es con el propósito de establecer que el individuo ya tiene una maduración a esa edad que le permite estar conciente de su acto y por ende responder del delito que ha cometido.

6.3.2 IMPUTABILIDAD DISMINUIDA.

El artículo 36 de nuestra legislación penal enuncia lo que doctrinariamente se conoce como imputabilidad disminuída de la manera siguiente: " El agente que, por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, en el momento de la acción u omisión sólo haya poseído en grado moderado la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo con esa comprensión. Se le aplicará una pena no menor de un tercio del mínimo, ni mayor de un tercio del máximo de la establecida por la ley para el correspondiente delito.

Si la imposición de pena se considera perjudicial para el debido tratamiento del agente por mediar, causas patológicas se aplicará solamente una medida de seguridad curativa."

La Imputabilidad Disminuída existe en el momento en que no existe una grave afectación de la conciencia pero sí existe una sensible y notoria disminución en la conciencia y en la capacidad de querer y de entender, esto quiere decir que no es una absoluta incapacidad sino sólo una disminución importante.

Sobre la sanción adecuada para estos casos que no pueden ser determinados no como imputables ni como inimputables existen varias posturas: (45)

I. La corriente que sostiene la conveniencia de atenuar la pena, habida cuenta que se trata de un grado intermedio entre lo imputable y lo inimputable.

II. La corriente que se inclina por aplicar una medida de seguridad curativa, atendiendo a los orígenes patológicos que presenta la imputabilidad disminuída.

III. La postura que sostiene la idoneidad de los pronunciamientos anteriores, dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato acepta la última corriente y atenúa la pena, además se reserva la aplicación de la medida de seguridad curativa para los casos en que exista algún antecedente patológico mismos en los cuales no se considera adecuado y un tanto perjudicial la imposición de una pena aunque ésta estuviera atenuada.

.....

(45) Cardona op.cit. supra(32) p.158

CAPITULO VII CULPABILIDAD

7.1 GENERALIDADES

Debemos recordar que el delito es una conducta típicamente antijurídica, imputable , culpable y punible. La Culpabilidad junto con la imputabilidad son elementos esenciales y conforman la subjetividad del delito.

Como determinamos en el capítulo anterior por imputabilidad se entiende la capacidad genérica del sujeto para responder de sus actos ante el Derecho Penal. Capacidad de saber, entender y comprender la ilicitud de Derecho y comportarse de acuerdo a esa ilicitud y capacidad de querer; para que a un individuo se le considere sujeto de derecho ante el Derecho Penal debe tener personalidad jurídica que responda de sus actos. Es Genérica, ya que no se atiende el vínculo con el hecho cometido, sino que se estudia al sujeto en sí para establecer si cuenta con la capacidad suficiente para responder del acto que ha cometido.

Pero no basta que un sujeto sea imputable para que responda por el hecho cometido, pues después de establecida su imputabilidad se debe realizar un exámen del contenido de la voluntad y su vinculación con el acto delictivo y con la manifestación de voluntad y con un determinado orden jurídico. Esa

vinculación específica es la culpabilidad y las formas de vinculación son el dolo, la culpa y la preterintención (46), que nuestro código trata como formas de culpabilidad.

De lo anterior se determina que la imputabilidad es el elemento subjetivo indispensable de la culpabilidad pues para saber si un sujeto obró dolosa, culposa o preterintencionalmente debemos haber establecido si tenía capacidad para obrar de tal forma, es decir, capacidad de entender, querer y comprender. (Sistema Clásico)

Dentro de las escuelas o sistemas de la dogmática penal, la culpabilidad se ha entendido de diversas maneras como son: Sistema Clásico o Causalista, Sistema Neoclásico y el Sistema Finalista que sigue al Neoclásico difiriendo solamente en los aspectos negativos por lo que respecta al Estado de Necesidad inculpante.

7.2 CULPABILIDAD CLASICA. (47)

Franz Von Liszt nos dice que delito es toda acción antijurídica y culpable; de aquí desprendemos dos ingredientes importantes: la antijuridicidad y la culpabilidad.

Para Liszt el delito es un todo que podemos dividirlo en dos partes:

1. Una objetiva: Antijuridicidad
2. Una subjetiva: Culpabilidad

Así pues el delito es un conjunto de relaciones, por lo tanto la Acción es un conjunto de relaciones pero de relaciones causales; para afirmar la existencia de una acción debe establecerse una relación de causalidad entre el movimiento corporal que un sujeto despliega y su voluntad, determinar que el movimiento corporal ha sido causado por la voluntad del sujeto y luego otra relación de causalidad entre el movimiento corporal y el resultado que se produce en el mundo externo.

(46) IBIDEM p. 165

(47) Moreno Hernández Moisés. Culpabilidad. Conferencia de fecha 7 de junio 1991.

En consecuencia la conducta viene a ser el resultado de dos relaciones. es decir, relación entre voluntad y movimiento corporal y éste en relación con el resultado provocado en el mundo exterior.

Una vez reafirmada la anterior relación se hace necesario, determinar si la conducta es antijurídica, una relación de contradicción entre esa conducta y el ordenamiento jurídico, y en la medida que se diga que la conducta es contraria a Derecho, puede afirmarse la antijuridicidad; con esto tenemos la parte objetiva del delito.

La parte subjetiva del Delito consiste igualmente en una relación de carácter psicológico que debe establecerse entre el sujeto y el hecho realizado; esa relación se verifica en la medida en que se afirma la existencia del Dolo y la existencia de la culpa. Por lo tanto el dolo viene a ser dentro del Psicologismo una relación psicológica entre el autor y su hecho en los llamados delitos dolosos. La culpa es la relación psicológica entre el autor y su hecho en los llamados delitos culposos.

Y así se estableció que el dolo y la culpa son las especies de la culpabilidad.

Lo anterior es el CONCEPTO PSICOLOGICO DE LA CULPABILIDAD, entendido precisamente como una relación psicológica entre el autor y su hecho.

Siguiendo pues con el Principio de Culpabilidad de que sólo se podrá imponer pena si se demuestra si el sujeto es culpable; el Organismo Judicial, lo único que habrá de hacer es determinar si se da o no esa relación psicológica y si se da dicha relación entre el autor y su hecho entonces el sujeto será culpable y consecuentemente se le deberá imponer una pena y lo único que deberá de acreditar el juez es la existencia del dolo o la existencia de la culpa.

Lo único que se necesita, en este concepto psicológico para imponer una pena es la afirmación del dolo o la afirmación de la culpa.

Desde entonces se hablaba de un concepto de dolo y un concepto de culpa en donde se afirman procesos mentales, como que el sujeto tiene conocimiento de algo y quiere su realización o el sujeto tiene conocimiento de algo y acepta su realización, o bien el sujeto tiene conocimiento de algo y confía en que no se produzca, y ésto era todo lo que tenía que hacer el juzgador a efecto de determinar si se dá o no se dá la culpabilidad en el sentido psicológico.

Resumiendo lo anterior diremos que para la Escuela Clásica la culpabilidad es una relación psicológica entre el sujeto y su resultado y el vínculo que une al sujeto con su resultado es el Dolo y la Culpa. Para que un sujeto sea culpable basta que sea imputable y que hubiese obrado con dolo o con culpa, de ésta manera tenemos la Teoría Psicologista de la culpabilidad en donde el elemento subjetivo se estructura con la imputabilidad como presupuesto y el dolo y la culpa como especies de la culpabilidad.

7.3 CULPABILIDAD NEOCLASICA. (48)

La Dogmática Penal sigue evolucionando después del Psicologismo, a principios de éste siglo en 1907 aparece un trabajo de Reinhard Von Frank llamado: " La Estructura del Concepto de Culpabilidad", y ese concepto, aún cuando Frank lo maneja aisladamente, pues no ve el problema desde su totalidad, plantea cambios importantes en toda la estructura del concepto de delito.

El cambio que se plantea en torno a la culpabilidad en 1907 obedece a la influencia misma que los penalistas recibían tanto de la Filosofía y de la Política. En ese entonces hay luchas de Escuelas, como la Neo-Kantiana de la Filosofía de los Valores y así se empieza a establecer que el Derecho Penal es una rama del ordenamiento jurídico que cumple una función que es proteger

(48) Moreno. op. cit.

determinados bienes, determinados valores y consecuentemente los diversos conceptos que lo conforman, debe de responder a esa exigencia de un Derecho Penal referido a fines y a valores. Así se revisan los conceptos y uno de los primeros conceptos que se cuestionan es el de la culpabilidad y el que se hace ese cuestionamiento es Frank y él encuentra que ese concepto psicológico manejado por Liszt en 1881 realmente no respondía a esas exigencias de ese Derecho Penal de fines y valores, que la culpabilidad no podía ser entendida simplemente como la relación psicológica entre el autor y su hecho, sino que realmente se trataba de un concepto mucho más complejo, con contenido más amplio, en donde se debía de considerar ciertas valoraciones y así surge un concepto llamado: CONCEPTO NORMATIVO DE LA CULPABILIDAD de donde además de los datos psicológicos encontramos datos de carácter valorativo.

En consecuencia para Frank, la culpabilidad no se reduce solamente a Dolo y Culpa; ahora forma parte de la culpabilidad: La Imputabilidad misma o sea la capacidad de querer y entender es ahora parte integrante de la culpabilidad, del propio concepto de culpabilidad; antes se consideraba a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad o sea que había que analizarla antes de analizar la culpabilidad; con Frank ya no media eso, ahora es entendida como parte integrante de la culpabilidad y ésta ya no es entendida como el nexo psicológico, sino como un juicio de valoración, como un juicio de reproche que se le hace al autor de una conducta antijurídica y para formular ese juicio de reproche es necesario afirmar una serie de requisitos y uno de esos requisitos es precisamente la Imputabilidad o sea la capacidad de entender y de querer; una vez afirmada esa capacidad habrá que ver si en el caso concreto que se analiza se actualizó o no esa capacidad; esa capacidad se actualiza en la medida de que el sujeto que tuvo la capacidad de querer y de entender conoció y quiso, es decir en la medida que haya actuado en la medida dolosa; o bien que haya conocido y no haya querido, o sea en la medida culposa o culpa.

El Dolo implica previamente la capacidad de querer, de entender, ya que de acuerdo al concepto que se ha manejado de dolo, Dolo es conocimiento y voluntad, es la actualización de esa capacidad respecto del hecho en concreto que se ha realizado; así pues una vez que se afirma la Imputabilidad; habrá que ver si el sujeto obró de manera dolosa o de manera culposa.

Aparte de eso Frank empezó a analizar otros datos que están íntimamente relacionados con las motivaciones que el sujeto tiene, es decir lo que lo haya motivado a actuar de esa manera en contra de las exigencias de la norma, que es un dato que en el desarrollo posterior de la dogmática fué adquiriendo ya una connotación más precisa y que hasta el año de 1922 ya se conoce con el nombre de EXIGIBILIDAD de otra conducta; ese concepto de culpabilidad sigue un desarrollo en donde encontramos las aportaciones de Goldschmidt, Fraudental y de Mezger.

En esa concepción de la culpabilidad que empieza con Frank hasta Mezger, se sigue manteniendo la idea de que la culpabilidad es un juicio de reproche que se le hace al autor de una conducta antijurídica y para afirmar ese juicio de reproche, se necesita afirmar que el sujeto es IMPUTABLE, que haya actuado DOLOSA o CULPOSAMENTE y que le sea EXIGIBLE un comportamiento diferente al que realizó; sólo afirmando esos elementos, se puede hacer el JUICIO DE REPROCHE.

Este concepto de culpabilidad mantiene como elementos de la culpabilidad al dolo y a la culpa; a diferencia del concepto psicológico que afirmaba que la culpabilidad solamente es Dolo y Culpa. ahora además del dolo y la culpa está la imputabilidad y la exigibilidad de otra conducta.

La similitud en el Concepto Psicológico y en el Concepto Normativo de la Culpabilidad, se siguen manteniendo como elementos de la culpabilidad al Dolo y a la Culpa; es decir, el dolo y la culpa están en la Culpabilidad dentro de ella; para el Psicologismo como ESPECIES de la culpabilidad y para la concepción Normativista como formas o elementos de la culpabilidad pero en todo

caso dentro de la culpabilidad.

Por tanto diremos que el Normativismo no es una tésis opuesta al Psicologismo, sino más bien complementa la forma tradicional, por un lado se tiene la vinculación de orden psicológico y por otro lado elementos normativos que serán debidamente valorados para determinar si en el caso particular, se le puede reprochar al sujeto haber guiado su conducta en forma diferente y sobre todo si legalmente le era exigible un comportamiento distinto al que realizó, con estos elementos jurídicos el juez podrá realizar un juicio para determinar si existió o no culpabilidad por un hecho concreto.

La Concepción normativista tiene los siguientes aspectos fundamentales:

1. La culpabilidad es un juicio de referencia por referirse al hecho psicológico.

Frank y Goldschmidt quienes apuntaron que la culpabilidad es un juicio de valor. Bajo estas nuevas ideas, la culpabilidad deja de ser un simple vínculo del orden psíquico entre un acontecimiento y su autor, las formas tradicionales de la culpabilidad (dolo y culpa) ya aparecen asociadas a la voluntad de la ilicitud. No debemos olvidar el hecho de que el punto de partida de el estudio de la culpabilidad lo sigue constituyendo el elemento subjetivo: la voluntad.

Se requiere la existencia de una conducta, con su imprescindible contenido de voluntad que es típica y además antijurídica, en este momento se trata de determinar si esa conducta es culpable por poder reprochar al sujeto autor de ella el no haber encaminado su voluntad en un sentido de acuerdo a la norma, cuando le era posible y exigible la realización de un comportamiento diferente al que realizó. No es posible realizar un concepto de culpabilidad que pudiera entenderse como genérico, el enjuiciamiento se realiza de un caso concreto, individual. Si el juicio se resuelve por parte del juez en el sentido de que existió esa contradicción con la norma, formulará el reproche correspondiente y

culpará al autor de la conducta de dolo o de culpa según haya sido guiada la voluntad del sujeto de la conducta que se trate.

La Culpabilidad se determina mediante la realización de un juicio como ya dijimos, el objeto de ese juicio queda constituido por la satisfacción de la reprochabilidad y la exigibilidad de la voluntad, como parte integrante de la conducta calificada con anterioridad como típica y antijurídica. Al referirse a la conducta y su contenido de voluntad lo que se está realizando, es el juicio del sentido específico que se dió a la conducta, al hecho psicológico haciendo referencia a lo que establece la norma. Es por tanto un juicio de referencia por medio del cual se resolverá si un hecho psicológico particular aislado resulta contradictorio con la pretensión normativa que impone la exigencia en determinados casos de guiar la conducta en cierto sentido.(49)

2. La Culpabilidad es un proceso atribuible a una motivación (exigibilidad) reprochable del agente.

Cuando un sujeto encamina el sentido de su voluntad hacia la realización de una conducta típica y antijurídica, ha resuelto previamente dentro de sí en un proceso psíquico el sentido que dará a su comportamiento. Al producirse el resultado buscado, será dable afirmar que hubo voluntad encaminada de manera directa a producir el resultado obtenido y si este es típico y antijurídico se debe formular un reproche dirigido al proceso psíquico previo, a título de dolo y a que la voluntad guió la conducta hacia la obtención o producción del resultado. Por otro lado, cuando el resultado que se produce no corresponde con la intención del sujeto sino que se produce debido a un defecto de la voluntad tal es el caso de los delitos culposos, esto se da porque en un momento previo a la realización del hecho el sujeto tuvo la posibilidad de optar por una conducta en lugar de otra y al realizar el proceso psíquico de selección optó por la ejecución del comportamiento que culminó en la producción

(49) Vela Treviño Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Iædic. Tercera reimp. Edit. Trillas México, D.F. 1985 p. 136

del resultado típico y antijurídico.

El reproche va dirigido a la motivación no a la conducta misma, ya que si la motivación de una conducta no es reprochable por existir motivos especiales que produce ese efecto de inexigibilidad de otro comportamiento tampoco habrá reprochabilidad y la consecuencia final será la inexistencia del delito por inculpabilidad. (50)

3. La reprochabilidad de la conducta (activa u omisiva) únicamente podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el sujeto.

La Reprochabilidad de la conducta únicamente podrá formularse cuando se demuestre la exigibilidad de otra conducta diferente a la emitida por el sujeto.

AL llegar a la formulación del juicio de reproche se debe de determinar si al sujeto de que se trata le era exigible, normativamente, un comportamiento diferente al que realizó; por tanto hay exigibilidad y consecuentemente reprochabilidad cuando el sujeto pudo y debió obrar de forma diferente a como lo hizo.

La Exigibilidad tiene como presupuesto la existencia de una norma de derecho que nos imponga la obligación de guiar la conducta en determinado sentido. Según Mayer la norma lleva ínsita una valoración cultural que es la que ha permitido elevarla a la categoría de norma jurídica, esta valoración es lo que constituye el contenido de la norma y del contenido cultural valorativo se obtiene la exigibilidad de respeto a la norma, por el contrario la adecuación de la conducta al tipo descrito en la norma de derecho positivo viene a ser simplemente al aparición de una conducta delictuosa. La exigibilidad tiene dos elementos que deben ser satisfechos para la reprochabilidad: el deber y el poder. El deber es la obligación que todos tenemos de respetar las normas, el poder se refiere al caso concreto, ésta sirve para fundamentar la

(50) Vela Treviño op.cit. p. 189

la reprochabilidad cuando al sujeto le era exigible el respeto al contenido de la norma. (51)

4. La culpabilidad tiene como fundamentos: La Reprochabilidad y la Exigibilidad.

La culpabilidad tiene como fundamentos la reprochabilidad y la exigibilidad; únicamente cuando hay exigibilidad puede formularse el juicio de reproche y sólo cuando algo se reprocha a alguien podrá haber culpabilidad.

Cuando se estudia la existencia o inexistencia de la culpabilidad se debe a la existencia de un hecho que es típico y antijurídico, el juez analiza el contenido de voluntad de la conducta y se refiere ese contenido al momento en que se produjo y si el sujeto realizó su proceso psicológico y decidió actuar de manera contraria a la norma pudiendo hacerlo de otra manera sobrevendrá el reproche, de no haber adecuado su conducta a la pretensión normativa cuando se podía y debía hacer esa adecuación. (52)

Podemos resumir la Teoría Normativista de la siguiente manera: Se considera a la culpabilidad como un juicio de valor, como un juicio de reproche que se le finca al sujeto imputable que obra de manera diferente pudiendo comportarse conforme con lo que la norma le exige, por lo tanto el sujeto además de relacionarse psicológicamente con su resultado se relaciona con la norma al no observar el comportamiento que la norma le exige.

Para este sistema la culpabilidad se estructura de la siguiente manera: Imputabilidad como elemento; Dolo y Culpa como elementos y la Exigibilidad como elemento que da origen al Neoclásico.

Sus aspectos negativos son :

Para la imputabilidad, la inimputabilidad, del Dolo y la culpa su aspecto negativo el Error y la Coacción y de la Exigibilidad , la inexigibilidad.

(51) IBIDEM p.194

(52) IDEM p.195

7.4 CULPABILIDAD FINALISTA. (53)

En la época de los treintas se sigue revisando la Dogmática Penal, los elementos del concepto de Delito y en ese tiempo viene otro movimiento que también está vinculado a otras orientaciones filosóficas y a otras concepciones políticas y tiene lugar una distinta concepción dogmática en donde la culpabilidad va a ser igualmente afectada en cuanto a su contenido, desarrollándose la teoría denominada: TEORIA DE LA ACCION FINAL; y a partir de ese concepto final de acción que se maneja como base para la estructura del concepto de delito se derivan consecuencias tanto para la TIPICIDAD como para la CULPABILIDAD, fundamentalmente.

La Tipicidad y el Tipo Penal adquieren una cognotación distinta; hasta ese momento el tipo penal era considerado como estructurado, en principio, sólo por elementos OBJETIVOS, descriptivos y excepcionalmente por elementos SUBJETIVOS o de elementos NORMATIVOS; y dentro de esos elementos subjetivos que se reconocían dentro de la estructura penal, por supuesto, que no figuraban el Dolo y la Culpa pues Dolo y Culpa seguían siendo parte de la culpabilidad.

Sin embargo a partir de ésta nueva concepción de la acción que establece que en la propia estructura de la acción hay que considerar al Contenido de voluntad como un ingrediente esencial y que en tratándose de acciones penalmente relevantes no es otra cosa más que el dolo; entonces de ahí se ha derivado como consecuencia, entonces, que el Dolo y por lo tanto la culpa ya no forman parte de la culpabilidad, sino del tipo penal, por lo tanto el tipo penal, ahora, se estructura tanto de elementos objetivos y de elementos subjetivos en todos los casos y éstos elementos subjetivos son el dolo y la culpa, según sea el caso en particular.

(53) Moreno op. cit. supra (47)

Entonces si de acuerdo con ésto, el Dolo y la Culpa forman parte del Tipo Penal, ya no pueden seguir siendo partes integrantes de la culpabilidad, por lo tanto la culpabilidad se modifica igualmente en su estructura.

Desde la época de los treintas se empieza a cuestionar si la culpabilidad es entendida como un Juicio de Reproche, como un juicio de valoración, o como la valoración de algo ¿Cómo es que dentro de la propia valoración debe estar ubicado el objeto de valoración?; y se dijo que eso no era lógico, por lo que necesariamente el objeto de la valoración o el objeto de valoración, tiene que estar fuera de la valoración del objeto.

Entonces si la culpabilidad es valoración de un objeto, ese objeto debe estar fuera, y ese objeto de valoración son el dolo y la culpa; por lo tanto el dolo y la culpa no pueden ser partes de la valoración misma, sino que deben estar fuera, por lo que son extraídos de la culpabilidad y ubicados posteriormente, en el tipo penal es donde encontramos todo el objeto de valoración tanto de la antijuridicidad como de la culpabilidad; entonces la culpabilidad pierde esos ingredientes subjetivos que eran el dolo y la culpa. En tales condiciones, la culpabilidad, adquiere su contenido que realmente le corresponde como Juicio de Valoración que es.

Así pues el Dolo y la Culpa forman parte del tipo penal como sus elementos subjetivos; por lo que en la culpabilidad habrá entonces que analizar otros contenidos.

De acuerdo con ésta concepción que se desarrolla a fin de la década de los treintas, la culpabilidad se estructura ahora de :

1. La Imputabilidad,
2. De lo que se conoce como CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD o COGNOSCIBILIDAD DE LA ANTIJURIDICIDAD y
3. De la Exigibilidad de otra conducta.

La culpabilidad sigue siendo un juicio de reproche que se le hace al autor de una conducta antijurídica por haber actuado en contra de las exigencias de la norma pudiendo haber actuado de diferente manera.

Para poder hacer ese juicio de reproche primero habrá que acreditarse que el sujeto es Imputable; segundo, que tuvo conciencia o por lo menos la posibilidad de conocimiento que su conducta es contraria a Derecho (antijurídica) y tercero, que dada las circunstancias en que actuó le era exigible un comportamiento distinto al que realizó.

Por una parte varía lo que se entiende por Imputabilidad; anteriormente se entendía : La imputabilidad es la capacidad de querer y comprender y algunos agregan de entender y de querer en el ámbito del Derecho Penal.

De aquí que algunos autores decían que no constituía ningún elemento, ni presupuesto de la culpabilidad, sino más bien un presupuesto del delito, o sea que era algo que había que analizar, antes de analizar la propia conducta humana, pues capacidad de querer y entender, a secas, es algo que de acuerdo con la concepción moderna se requiere para poder realizar acciones, para poder realizar conductas, ya que toda conducta humana implica esa capacidad, implica un conocimiento, una voluntad, por lo que así entendida la imputabilidad, no era otra cosa que una capacidad para realizar acciones.

De ahí pues que ahora se diga que la imputabilidad siga siendo una capacidad psíquica, pero mucho más restringida que la capacidad de querer y entender; ahora la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad, la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y la capacidad de determinarse para actuar conforme a esa comprensión o motivación.

Por lo tanto ahora, sólo será culpable el sujeto que tenga esa capacidad de comprender y motivarse, pero además se requiere que esa capacidad se actualice en el caso concreto y esto sucede, cuando se afirma que el sujeto respecto a su

hecho que ha cometido, tuvo conciencia de lo que era contrario al Derecho, es decir tenía conocimiento, sabía que lo que estaba haciendo era contrario al Derecho, es decir tenía conciencia de la ilicitud de lo que estaba haciendo, la ilicitud de su conducta, eso es lo que se llama CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Pero a diferencia de lo que se plantea en relación al Dolo, ya que en ambas cosas es conocimiento, en el dolo para que se afirme es necesario tener un conocimiento actual de todos y cada uno de los elementos objetivos del tipo. En cambio por lo que hace a la Conciencia de la Antijuridicidad, para fincar el Juicio de Reproche no se exige necesariamente que el sujeto sepa que lo que está haciendo sea contrario a Derecho, sino también es suficiente un conocimiento potencial, es decir que tenga la mera posibilidad de conocer que lo que está haciendo es contrario al Derecho, por eso cuando se menciona este segundo ingrediente del juicio de reproche se habla de Cognoscibilidad o Conciencia de la Antijuridicidad.

Una vez que se afirma este segundo elemento habrá que ver si la otra capacidad que es la capacidad de determinarse para actuar de una u otra manera, también se ha actualizado y eso en la medida en que de acuerdo a las circunstancias en que el sujeto ha actuado tuvo o no tuvo alternativa de acción, es decir si tuvo o no posibilidades de actuar de manera distinta a como lo hizo. Si el sujeto tuvo otra alternativa de actuar diferente a la forma en que actuó y pudo actuar de otra manera, a ese sujeto le era exigible un comportamiento distinto al que realizó, consecuentemente a ese sujeto se le formula el juicio de reproche.

Para entender mejor la culpabilidad finalista es necesario recordar lo que ya se ha dicho respecto del Concepto Ontico de la Acción:

La Voluntad es un factor rector que se traduce en la autodeterminación del sujeto, voluntad que se expresa hacia el exterior a través de una acción o a

través de una omisión que es la conducta. Esta voluntad contiene dos factores: el factor externo que no es otra cosa más que el movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior; y el factor interno o factor de dirección que es el contenido de la voluntad es decir que es lo que el sujeto quiere o pretende con su movimiento corporal y que no es otra cosa más que el dolo, todo esto considerado como una unidad es decir, voluntad, factor básico unido con su factor externo y con su factor interno lo que constituye el Concepto Ontico de la Acción. Este es pues el Concepto de Acción de la Teoría Finalista que es un concepto que proviene de los hegelianos y que Liszt lo fracciona para poner el factor externo en la parte objetiva del delito como lo es la antijuridicidad y ubicando el factor interno en la parte subjetiva del delito como lo es la culpabilidad e incluso refiriéndolo como responsabilidad.

Welzel, tomando en consideración este concepto que manejaban tanto Hegel como sus seguidores, y tomando en cuenta los estudios realizados por Zu Dohna quien manifestaba que la culpabilidad es un juicio de valor y que este juicio de valor tenía un objeto de valoración que era el dolo y la culpa como factor interno luego entonces culpabilidad y su objeto de valoración no eran la misma cosa, por lo tanto, el objeto de valoración debía estar en otra parte. Este pensamiento lo utiliza Welzel quien vuelve a crear el Concepto Ontico de Acción extrayendo para ello el dolo y la culpa de la culpabilidad para ponerlo donde le corresponde, es decir, en el Concepto de Acción y como la acción está descrita en el tipo, luego entonces, dolo y culpa son elementos subjetivos del tipo mucho más importantes que los especiales elementos subjetivos descubiertos por Mayer en 1915.

7.5 FORMAS DE CULPABILIDAD EN EL SISTEMA CLASICO Y NEOCLASICO.

Las Formas de Culpabilidad según la Teoría Clásica y la Neoclásica son Dolo y Culpa según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia, ya que se puede cometer un delito mediante una determinada intención delictuosa (dolo) en términos generales ya que se hará un estudio posterior del dolo, o por descuidar las precauciones necesarias (culpa).

En el Dolo el sujeto conociendo el resultado que dará su conducta la realiza con toda su intención queriendo siempre el resultado. En la culpa consciente o con previsión se realiza la conducta con la esperanza de que no ocurra el resultado, se prevé el resultado pero se comporta con la esperanza de que no va a suceder el resultado; en la culpa inconsciente o sin previsión no se prevé el resultado.(54)

En nuestro Código Penal encontramos las formas de culpabilidad en el artículo 40 (debemos recordar que nos encontramos dentro del sistema neoclásico) que establece que la culpabilidad puede darse en forma: I. Dolosa, II. Culposa o III. Preterintencional.

La preterintención se da cuando el resultado que se obtiene sobrepasa a la intención inicial del sujeto y aunque nuestro código la contempla como forma de culpabilidad , el Código Penal del Distrito Federal ya no la incluye por considerar que ya es obsoleta.

7.5.1 DOLO.

El Dolo consiste en el actuar consciente y

(54) Castellanos op. cit. supra (1) p.238

voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico. (55)

Es el conocimiento de la Representación, de la Previsión y del Querer.

El Dolo tiene dos elementos que son:

1. Intelectual y
2. Volitivo.

El elemento Intelectual del dolo, es el conocimiento de los elementos del tipo y de la relevancia antijurídica de la conducta, por eso el sujeto al matar, sabe que mata a un hombre (éste es el conocimiento de los elementos del tipo) y sabe que eso es malo y ésto último se enfatiza, ya que el sujeto no necesariamente tiene que saber que existe un tipo penal, ni que existe un Código Penal, lo que se necesita es pues un conocimiento elemental de la ilicitud que el sujeto tiene o posee, por la razón de que es un sujeto capaz (imputable), es decir que si efectúa una conducta mala sabe que está mal lo que está haciendo.

El elemento Volitivo del Dolo, que es la voluntad o concepto de voluntad como factor de dirección, consiste en la voluntad de realizar el hecho en base al conocimiento anterior, o sea en base al conocimiento de la ilicitud del hecho.

Existen diferentes teorías acerca del Dolo y la Culpabilidad mismas que delimitan al dolo dentro de las diferentes corrientes como lo son:

TEORIA ESTRICTA DEL DOLO.- Es aquella que considera a la cognoscibilidad como componente del Dolo mismo, es decir, que en esta teoría, el dolo requiere de un conocimiento efectivo de la antijuridicidad o sea una conciencia del injusto; este es el dolo tradicional, el dolo clásico, es la que dice que el Dolo Directo tiene conocimiento, representación, previsión y querer. Que conocimiento es conocer la conducta y tener conciencia del carácter ilícito del hecho. Este es el Dolo Clásico y la teoría que considera que el dolo tiene éste elemento que conocemos como cognoscibilidad es llamada TEORIA ESTRICTA DEL DOLO. (56)

(55) IBIDEM. p.239

(56) Moreno Hernández Moisés. Teorías sobre el dolo y la culpabilidad. Conferencia de fecha 17 de mayo 1991. Universidad de Guanajuato

Esta teoría tiene el inconveniente de que quedó claro de que puede haber dolo aunque falte la conciencia de la antijuridicidad y ésta es la argumentación adversa a la Teoría Estricta del Dolo.

Los casos en los que puede haber dolo sin que exista conciencia de la antijuridicidad, es en los casos en que el sujeto no sabe que su conducta es antijurídica, pero tampoco le importa ni le interesa averiguar, es decir, esto es lo que conoció como el Dolo Natural.

El Dolo Natural es querer que la conducta y querer las consecuencias, que si es ilícito o no es ilícito, eso no importa, es irrelevante para configurar el dolo de acuerdo con la crítica anterior.

Frente a ésta crítica Mezger que era el principal sostenedor de la conciencia de lo injusto, consideraba que la cognoscibilidad estaba como componente dentro del Dolo, y aceptó que puede haber dolo sin conciencia de la antijuridicidad y en esos casos el conocimiento efectivo de lo ilícito del hecho se reemplazó, en la teoría de Mezger por una ceguera hacia el Derecho.

Es decir Mezger decía: cuando el sujeto tiene conciencia de lo ilícito se da el Dolo (Teoría Estricta del Dolo) y cuando el sujeto no tiene conciencia de lo ilícito pero no le importa tenerla, lo que pasa es que el conocimiento efectivo del ilícito se sustituye por una ceguera, o un desprecio que el sujeto tiene para el Derecho éste último se llama: TEORIA LIMITADA DEL DOLO. (57)

La diferencia entre la Teoría Limitada del Dolo y la Teoría Estricta del Dolo es muy simple, cuando Mezger aceptó que había dolo en el cual no se tenía la conciencia de lo ilícito y en consecuencia se reemplazó la conciencia del ilícito o de cognoscibilidad por otros conceptos que a la postre resultaron sumamente criticados, como son ceguera para el Derecho o desprecio para el Derecho, conceptos que no fueron aceptados en la evolución de las ideas penales.

Tratándose de la culpabilidad existe la TEORIA ESTRUCTA DE LA CULPABILIDAD y todo gira en torno a la cognoscibilidad, por eso tiene relevancia.

(57) Moreno op.cit.

Además de los autores que consideraron y apoyaron la Teoría Estricta del Dolo; hubo autores dentro del causalismo o neoclásico que consideraron a la cognoscibilidad como un elemento de la culpabilidad junto al Dolo, pero fuera de él. Es decir que en la Teoría Estricta del Dolo la cognoscibilidad era un elemento propio del Dolo.

La TEORIA Estricta DE LA CULPABILIDAD considera que la cognoscibilidad estaba junto al dolo pero no dentro de él, sino aparte, separado, como un elemento de la culpabilidad junto con el dolo pero fuera de él. Esto tiene su raíz en Frank.

En estas posturas neoclásicas o causalistas, se especificó que el conocimiento no tenía que ser efectivo, sino únicamente potencial, es necesario recordar que cuando se hablaba de la Teoría Estricta del Dolo y la Teoría Limitada del Dolo se hablaba de conocimiento efectivo pues dolo era el conocimiento de la conducta y del carácter ilícito del hecho con representación, previsión y querer o intención, pero cuando se hablaba del conocimiento del carácter ilícito del hecho no se hablaba de una posibilidad de conocimiento, sino de un conocimiento efectivo es decir que el sujeto efectivamente supiera que aquello era malo y por eso la Teoría Estricta del Dolo también se le denomina TEORIA DEL DOLO MALO, ésto es por los críticos a dicha teoría como Zaffaronni; otras críticas le llaman TEORIA DEL DOLO DISVALORADO, porque en esa postura el dolo siempre era un dolo disvalorado o sea era un dolo malo, pues el sujeto siempre debería tener conocimiento de que aquéllo era malo, hacer lo que el legislador prohíbe es hacer algo malo jurídicamente hablando desde el punto de vista penal; por eso el delinquir es abandonar el buen camino y tomar el malo; por eso como el sujeto tenía conocimiento del carácter ilícito del hecho, y eso era el dolo, en consecuencia el Dolo era Malo.

Con la Teoría Estricta de la Culpabilidad que es otra distinta a la Teoría Estricta del Dolo se abandona la cuestión del conocimiento efectivo por lo que no se necesita que en efecto el sujeto tenga conocimiento de lo antijurídico,

basta con que haya existido la posibilidad del conocimiento y a ésto es lo que se le denomina COGNOSCIBILIDAD que significa posibilidad del conocimiento del caracter ilícito del hecho.

En resumen, se ubica la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad junto al Dolo pero fuera de él, dentro de la culpabilidad.

Es de ésta Teoría Estricta de la Culpabilidad de donde parte el Finalismo aunque ésta Teoría es de origen causalista. Existía entonces otra postura que sostenía que el dolo sí estaba en la culpabilidad, pero junto con el dolo, la culpabilidad tiene otros elementos, entre los cuales estaba la famosa exigibilidad ya desde 1922 y la cognoscibilidad estaba según esta postura junto con el dolo pero fuera de él.

De esta corriente causalista, como ya habíamos dicho, parte la Teoría de la Acción Final, pues al quitar el dolo de la culpabilidad, la cognoscibilidad queda donde está o sea en la culpabilidad; el dolo que se pasa al tipo no es un dolo malo, porque la maldad del dolo radica en la cognoscibilidad; entonces lo que se pasa a la tipicidad es un dolo natural.

Cambia la estructura interna del dolo de tal forma que en el dolo finalista ya no se necesita el conocimiento de la antijuridicidad o del caracter ilícito del hecho, por la razón de que ese conocimiento de la antijuridicidad o de la ilicitud del hecho ya no es un elemento del dolo, sino que es un elemento de la culpabilidad; porque el dolo y la culpabilidad ya no van en relación de especie a género, porque el dolo es el objeto de la valoración y la culpabilidad es la valoración misma (Zu Dohna) y porque el dolo está en el tipo y ahí es donde lo vamos a valorar para considerar que hay culpabilidad: el dolo finalista se encuentra en el factor de dirección de la acción (conducta) y la conducta está en el tipo.

El Dolo Malo de Mezger consiste en :

1. Conocimiento de los elementos fácticos del tipo.

2. Voluntad de realización del hecho en base al conocimiento de la antijuridicidad o cognoscibilidad.

El Dolo Finalista de Welzel a diferencia del Dolo Malo de Mezger consiste en:

1. Conocimiento de los elementos fácticos del tipo y querer el resultado, sin conocimiento de la antijuridicidad o de la ilicitud del hecho.

2. El conocimiento de la antijuridicidad desaparece en el dolo finalista porque queda en la culpabilidad; o sea se toma el dolo malo de Mezger, se fracciona y se saca de la culpabilidad, se lleva al tipo como dolo natural y en la culpabilidad se queda: Imputabilidad, Cognoscibilidad y la Exigibilidad.

Recordando que el dolo es conocimiento, representación, previsión y querer (dolo directo) y así tenemos conocimiento de los elementos del tipo, o sea el sujeto sabe que mata, se representa la conducta o sea se la imagina, prevé los resultados que es la modificación del mundo exterior por su conducta y que consiste en la muerte de su enemigo, y en consecuencia lo quiere, por la razón de que se vincula subjetivamente con el resultado éste es el dolo del sistema neoclásico. En el Sistema Finalista, dicho dolo es muy parecido al del Dolo Neoclásico sólo que en el dolo finalista, el único cambio consiste, en que no exige que el sujeto tenga el conocimiento del carácter antijurídico del hecho o del carácter ilícito del hecho (cognoscibilidad) para que haya dolo. ya que ese conocimiento del carácter ilícito del hecho se requerirá sólo para que la conducta sea culpable.

El Dolo Causalista es conocimiento y voluntad; o sea conocimiento de los elementos del tipo y conocimiento del carácter ilícito del hecho, o conocimiento de la antijuridicidad o sea cognoscibilidad, necesitamos que el sujeto tenga conocimiento de los elementos del tipo y además tener conocimiento del carácter ilícito del hecho.

En el Dolo Finalista desaparece el conocimiento del carácter ilícito del

o conocimiento de la antijuridicidad, o sea la cognoscibilidad, lo cual ya no se exige para configurar la noción de Dolo en el Finalismo, es decir, que para que haya dolo, ya no se necesita demostrar que el sujeto tenía conocimiento del carácter ilícito del hecho, porque el conocimiento del carácter ilícito del hecho es un elemento para la doctrina finalista que se llama COGNOSCIBILIDAD y forma parte constitutiva de la culpabilidad.

El Dolo Malo de Mezger (neoclásico) llamado así por sus críticos ya que los clásicos no aceptan que se le llame Dolo Malo, diremos que la maldad consiste en la cognoscibilidad, la cual es la posibilidad de comprender o la comprensión efectiva según el punto de vista del carácter antijurídico del hecho, esto equivale a decir; yo sé que eso es antijurídico pero de todas maneras lo hago y ese conocimiento de que es antijurídico es prácticamente el segundo requisito del dolo y se tiene conocimiento de la conducta porque es un sujeto imputable, aunque la imputabilidad se considera presupuesto de la culpabilidad o elemento de ella, la imputabilidad es el antecedente forzoso de la cognoscibilidad, como si es un sujeto capaz indudablemente se tiene posibilidad de darse cuenta que lo que va a hacer es malo, es ilícito, es antijurídico. Aquí viene pues la etapa intelectual de la deliberación, parte de las etapas del delito en donde existe concepción, idea criminosa, deliberación que es sopesar pros y contras y este es el Dolo Malo, porque es malo por todo lo dicho. En cambio el Dolo Natural, es natural porque consiste en la intención independientemente de que el sujeto sepa o no sepa que es antijurídico.(58)

Por lo anterior en la Doctrina Finalista de Welzel, existe un apartado que se llama: "Consideración de las consecuencias concomitantes ligadas al fin principal".

Al hacer dicha consideración el sujeto tiene perfecta conciencia de lo antijurídico, de lo injusto o de lo malo se requiere por supuesto para que

(58) IBIDEM. conferencia

exista delito, pero no en la tipicidad sino en la culpabilidad a efecto de fincar el reproche; entonces se finca el reproche porque el sujeto sabía que aquello era malo y de todas maneras lo hizo y además porque podía no haberlo hecho y ésto último es la exigibilidad y estos son los tres elementos que utiliza la Culpabilidad Finalista y son fincados del reproche, o sea si es capaz, imputable; saber que era indebido o tenía posibilidad de saber que era indebido y además se tiene obligación de comportarse de otro modo y no se hizo así, entonces se le reprocha y por eso es culpable.

Por tanto diremos que de acuerdo con la Teoría Estricta de la Culpabilidad que es la base del finalismo ésta se estructura en su aspecto positivo y negativo de la siguiente manera:

Aspecto Positivo:

1. Imputabilidad
2. Cognoscibilidad
3. Exigibilidad

Aspecto Negativo:

1. Inimputabilidad
2. Error de prohibición
3. Estado de Necesidad Inculpante, coacción y obediencia jerárquica.

Donde el dolo ya no se encuentra en la Culpabilidad sino en el tipo, como un dolo natural extraído de la culpabilidad neoclásica dejando de ser Dolo Malo de Mezger, para ser el Dolo Natural de Welzel.

Nuestro Sistema Penal se encuentra situado en la Escuela Neoclásica ya que el dolo aún se encuentra en la culpabilidad y lo define en el artículo 41 del Código Penal para el Estado de la siguiente manera: " Obra con dolo quien quiere la realización del hecho legalmente descrito, así como quien lo acepta, previéndola a lo menos como posible."

7.5.1.1 CLASES DE DOLO. (59)

Existen diferentes clases de dolo, entre las más importantes tenemos:

El Dolo Directo es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntad en la conducta y querer del resultado. El resultado corresponde a la intención del agente.

El Dolo Indirecto conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente.

El Dolo Eventual (confundido por algunos con el indeterminado) existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso y a pesar de tal representación no renuncia a la ejecución del hecho aceptando sus consecuencias. Se desea un resultado delictivo previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.

El Dolo Indeterminado en él el agente tiene la intención de delinquir sin proponerse causar un delito en especial, tal es el caso del sujeto terrorista que lanza bombas sin pretender un resultado específico.

Es preciso aclarar que nuestra legislación sólo contempla el dolo directo y el eventual, ya que se considera que el dolo indirecto y el indeterminado se encuentran contemplados dentro del dolo directo.

7.5.2 CULPA.

El delito como conducta que se manifiesta en un hacer o en un no hacer (omisión), tanto la actividad como la inactividad son susceptibles de adoptar una forma culposa o una forma dolosa, pero en ambos casos

(59) Castellanos op. cit. supra (1) p. 240

está presente un acto exclusivo y voluntario de la persona física. Encontrando su diferencia en el contenido de voluntad que puede ser de dolo o de culpa.

En el Dolo la dirección del querer se dirige a la consecución de un fin específico que es típico, en cambio en la culpa la voluntad se orienta hacia una finalidad atípica no importante para el Derecho Penal, pero la acción produce un resultado típico debido al descuido de su autor al momento de ejecutarla.

Es entendible que a lo largo de la evolución del Derecho que ante la importancia del orden jurídico, el ser humano no únicamente tiene la obligación de cumplir con lo expresamente mandado por la ley, sino que simultáneamente tiene el deber de poner todo el cuidado y toda la diligencia necesaria para evitar que se produzcan resultados típicos.

Nuestro Texto Legal en el artículo 42 da la definición legal de la culpa, enunciando lo siguiente: "Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del cuidado que el incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y en el caso de representárselo como posible, se conduce en la confianza de que no ocurrirá."

Esta definición comprende las dos grandes formas de la culpa: La imprudencia y la negligencia y se señala que el reproche culpable operará atendiendo a la inobservancia del deber que corresponde al agente de acuerdo con sus personales condiciones y circunstancias, habida cuenta que nadie está obligado a lo imposible.

Existen dos clases de culpa:

I. Culpa Consciente y II. Culpa Inconsciente (60).

En la Culpa Consciente no existe previsión, sólo que el agente no está interiormente de acuerdo con la producción del resultado, sino que espera que éste no se dará. Existe la esperanza de que aunque se prevé el resultado éste no se produzca.

(60) Cardona. op.cit. supra (32) p. 174

La Culpa Inconsciente es la no previsión de un resultado típico previsible, por desatención a un deber de cuidado ya sea por imprudencia o negligencia.

El dolo y la culpa fueron ubicados por la doctrina causalista en la culpabilidad y dieron cabida a las dos formas de ella según ésta sistemática, la culposa y la dolosa. En la Teoría Finalista del delito dichas categorías han sido trasladadas al tipo y constituyen el contenido de voluntad de la acción penal. No hay culpabilidad dolosa ni culposa, sino acción con voluntad de dolo y acción con voluntad de culpa.

7.6 INCULPABILIDAD.

La Culpabilidad es el resultado de un juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma. (61)

Después de definir la culpabilidad ahora es necesario estudiar los aspectos negativos de la culpabilidad y sus consecuencias que son las de inexistencia del delito por causa de inculpabilidad. La Inculpabilidad es entonces ausencia de culpabilidad.

La Inculpabilidad es una causa de inexistencia del delito que se caracteriza por la presencia del error en cuanto a la naturaleza del acto cometido o coacción para ejecutar el acto no querido, siendo éste antijurídico y legalmente descrito por la ley penal. (62)

Para que se integre la culpabilidad es necesario que el sujeto tenga una determinación libre y espontánea y que tenga plena conciencia de lo injusto de su proceder. Por tanto cuando la determinación no es libre, cuando la voluntad está

(61) Vela. op. cit. supra (49) p.275

(62) Cardona op. cit. supra (32) p.178

coartada no hay culpabilidad. Tampoco existe culpabilidad cuando se comete el ilícito penal por inadecuación entre la realidad y lo que se piensa por lo tanto hay inculpabilidad cuando existe error en cuanto a la naturaleza del acto cometido o coacción para ejecutar el acto no querido, siendo éste antijurídico y típico.

Cuando el agente posee conciencia de la ilicitud de su conducta y realiza ese acto antijurídico, ello trae como efecto necesario la reprochabilidad hacia tal sujeto, ya que existen los dos elementos configurativos de la culpabilidad: el intelectual y el volitivo, pero cuando estos no se dan surge entonces la inculpabilidad.

En estricto rigor, las Causas de Inculpabilidad son : el Error Esencial de Hecho (ataca al elemento intelectual) y la Coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo).

La Doctrina Tradicional ha estimado como especies o clases de error las siguientes:

1. Error de Hecho y 2. Error de Derecho. (63)

El error de hecho es una representación equivocada entre lo que es y lo que se piensa que incide sobre las circunstancias fácticas de la figura o de la justificante. Es un falso conocimiento de la verdad.

El Error de Derecho se define como aquel que incide sobre elementos valorativos o discrepancias axiológicas entre el sujeto y el legislador.

El error de Hecho se clasifica en esencial y accidental, a su vez el esencial puede ser vencible o invencible y el accidental abarca: aberratio ictus, aberratio in persona y aberratio delicti

El ERROR ESENCIAL es aquel que recae sobre uno o más de los elementos que se requieren para la existencia del delito, es decir, el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente y por ello constituye el aspecto antijurídico

(63) IBIDEM p. 179

negativo del elemento intelectual del dolo. (64) El sujeto actúa creyendo actuar bajo una causa de justificación. Es eximente.

El Error esencial vencible es aquel al cual el sujeto puede sustraerse con diligencia o cuidado (65), esto es que puede reprochársele a título de culpa y por ende el daño pudo ser evitado. Por ejemplo sería el caso del que dispara sobre un hombre confundiéndolo con una pieza de cacería, si este resultado pudo ser evitado, con la diligencia o cuidado que según las circunstancias concretas le correspondían al agente.

El Error es invencible cuando no puede hacerse ningún reproche culposo por no existir infracción al deber de cuidado. El sujeto no tiene la posibilidad de saber de ninguna manera que su conducta es antijurídica, se tiene la convicción de que se actúa dentro de la ley o que actúa bajo una causa de justificación.

El ERROR ACCIDENTAL es aquel que no recae sobre circunstancias esenciales del hecho sino secundarias. Este error no es eximente.

1. El error en el golpe (aberratio ictus) se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a él equivalente. Por ejemplo: Jorge dispara contra Carlos a quien no confunde pero por error en la puntería mata a Roberto.

2. Error en la persona o aberratio in persona es como dice su nombre, el error que versa sobre la persona objeto del delito, o sobre el objeto material del delito. Por ejemplo, Juan quiere matar a Carlos y dispara pero confunde a éste en las sombras de la noche y priva de la vida a Paco a quien no se proponía matar.

3. Hay aberratio delicti (error en el delito) si se ocasiona un suceso diferente al deseado.

EL ERROR DE DERECHO no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su

(64) Castellanos. op. cit. supra (1) p. 260

(65) Cardona op. cit. supra (32) p.181

violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha.

Para los tratadistas alemanes de Derecho Penal sostienen que es inoperante realizar una distinción entre error de hecho y error de derecho, y dividen el error de la siguiente manera:

a) **ERROR DE TIPO.**- Es el error que verse sobre elementos típicos de la figura o de la justificante.

Cuando en un acontecimiento concreto el agente no tuvo la normal valoración de los elementos fácticos concurrentes, que permiten el conocimiento de la adecuación de la conducta a la hipótesis abstracta del hecho, plasmada en un precepto legal. (66)

Esto quiere decir que la ignorancia o el desconocimiento de los elementos fácticos (que se refieren al tipo legal) impiden que en la psique del agente se forme la representación del acto que la ley declara punible.

Es necesario aclarar que el error de tipo es causa de inculpabilidad no de atipicidad ya que el tipo y la atipicidad se integran en los casos de error de tipo, desde el punto de vista de la perfecta adecuación de la conducta al tipo legal; lo que ocurre tratándose de l error, es que el sujeto autor de la conducta no tiene la exacta representación mental de la posible adecuación de su conducta al tipo, sino que , por encontrarse en un error el tipo se integra sin vinculación subjetiva y el tipo para nada afecta a la descripción legal en cuanto a su posible integración, o sea, que independientemente de que el sujeto se halle en estado de error, el tipo puede integrarse. (67)

b) **ERROR DE PROHIBICION.**- Es aquel en el que existe discrepancia valorativa entre el sujeto y el legislador originada por la ignorancia o desconocimiento de la ley y por ende de la norma implícita en el tipo penal. Por ejemplo, un sujeto que porta armas prohibidas sin saber que legalmente no está

(66) Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano I. Edit. Porrúa. México 1972 p.38

(67) Lo anterior tomándose en cuenta desde el punto de vista Neoclásico ya que dentro del finalismo es causa de atipicidad. (Ver punto 7.7)

tolerada tal portación, o bien cuando se pide limosna en un país que tipifique como antijurídica la mendicidad, sin saber el que mendiga que es delito.

Nuestro Código señala en su artículo 44 lo siguiente: " No obra con dolo quien al realizar el hecho legalmente descrito, incurre en error respecto de algún elemento de tal descripción. Si el error se debe a culpa, se sancionará a tal título, cuando el hecho admita esa forma de realización."

Las mismas reglas se aplicarán a quien suponga erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.

La fórmula anterior se inclina por reconocer la inculpabilidad tratándose del error de tipo, esto es, se aparta de la distinción entre error de hecho y error de derecho y adopta las ideas alemanas al respecto. Sin embargo no reconoce el error de prohibición, porque admitirlo implicaría ir en contra del principio de que la ignorancia de la ley a nadie aprovecha, además el hecho de que existan discrepancias axiológicas entre el sujeto y el legislador no es razón suficiente para estimar la inculpabilidad de un acto.

En la Teoría Estricta del Dolo, la cognoscibilidad en su aspecto negativo origina ERROR de cualquier clase que incluye error de tipo, y error de prohibición y esto es la TEORIA UNITARIA DEL ERROR, gran ansiedad originó que con la teoría de la Acción Final se fracturara la Teoría Unitaria y se decía que los Finalistas estaban mal porque estaban fracturando la Teoría Unitaria del Error y que si se hablaba de teorías tendría que hablarse de homogeneidad, de cuestiones que sean un todo orgánico, ya que la Teoría Unitaria tiene la enorme ventaja de que todo lo que afecta a Cognoscibilidad es un Error sea de Tipo o de Prohibición. Para los finalista se fractura la Teoría Unitaria, ya que cuando existe error respecto de los elementos del tipo lo que sucede es que se excluye el tipo , no la culpabilidad. (68)

La equivocación de la Teoría Unitaria o Causalista del error es conllevar al absurdo de admitir la tentativa culposa, y se dice que el error de prohibición va a eliminar la culpabilidad y se dice es invencible elimina el Dolo y la

Culpa; si el error es vencible se elimina el dolo pero queda subsistente la culpa.

Entonces qué pasa con el sujeto que cree que es agredido y que es una broma y él actuando con ligereza, con falta de cuidado dispara, pero como tiene mala puntería no le da a ninguno de sus supuestos agresores que son sus amigos bromistas, ¿qué es eso?, es un error de prohibición (la Teoría Unitaria Clásica considera que el Dolo y la Culpa están en la culpabilidad). Por lo tanto cuando existe un error elimina el dolo y la culpa y es Inculpabilidad.

Por lo tanto lo que se está diciendo es un error de prohibición (tema tradicional) pero es un error vencible, porque no lo estaban agrediendo sino que era una broma y obró con ligereza o descuido por lo tanto se elimina el Dolo y no la culpa y estamos en presencia de una tentativa culposa, más la tentativa no puede ser culposa. Con ésta crítica a la Teoría Unitaria del Error se consolida la aceptación de que se divida la Teoría del Error y aunque no sea unitaria, que sea eficiente y que tenga entonces dos efectos: El error de tipo invencible, el dolo y la tipicidad, el error de tipo vencible elimina el dolo pero deja vigente la culpa; esto sigue vigente sólo que en el ámbito de la tipicidad.

(68) Moreno op.cit. supra (56) conferencia

7.7 CAMBIOS QUE EXPERIMENTA LA CULPABILIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA NEGATIVO EN EL PASO DEL CAUSALISMO O NEOCLASICO AL SISTEMA FINALISTA. (69)

Los cambios que experimenta la culpabilidad desde el punto de vista Negativo en el paso del causalismo o neoclásico al finalismo son los siguientes:

No hay cambios en el aspecto negativo de la conducta.

Respecto al tipo tenemos Atipicidad por falta de los elementos OBJETIVOS como movimiento corporal voluntario, cuando el tipo lo requiere y no lo hay, entonces habrá atipicidad.

La falta de resultado también genera Atipicidad.

Todas las circunstancias de LUGAR, de MODO, de OCASION, cuando faltan y el tipo lo requiere, también genera atipicidad.

Atipicidad por falta de los elementos subjetivos.

La falta de DOLO genera atipicidad, debemos recordar que en el Finalismo se encuentra en el tipo, por lo tanto para el Finalismo, la falta de dolo, no es causa de inculpabilidad como lo conocemos para el Causalismo y el Neoclásico, sino que la falta de dolo es una causa de atipicidad en el Finalismo, porque el dolo es un elemento subjetivo del tipo y es el más importante.

Existe falta de dolo, cuando falta alguno de sus elementos esenciales como son : CONOCIMIENTO Y VOLUNTAD. Conocimiento de los elementos del tipo y voluntad de realización del hecho en base a ese conocimiento (en el finalismo se excluye el conocimiento del carácter ilícito del hecho o cognoscibilidad).

El conocimiento es o constituye la fase INTELECTUAL del dolo y la voluntad constituye la fase VOLITIVA del dolo.

El Dolo Finalista y el Neoclásico, tiene las mismas fases: La intelectual y la volitiva.

(69) Moreno Hernández Moisés. El Finalismo. Conferencia de fecha 21 de Septiembre de 1990. Universidad de Guanajuato.

Se afecta la fase Intelectual en el Finalismo, cuando falta el conocimiento de los elementos del tipo, o cuando el conocimiento de los elementos del tipo es incompleto o inadecuado, es decir cuando existe ERROR, consecuentemente, en el Finalismo el Error no es causa de Inculpabilidad, sino que es causa de atipicidad, pero solamente respecto al error de tipo, y el error de tipo es aquel que recae sobre alguno de los elementos constitutivos del tipo, por eso cuando el sujeto se equivoca pensando que la mujer es mayor de 16 años y no lo sepa, entonces para el Finalismo la conducta será atípica, y es atípica porque el error recae sobre uno de los elementos del tipo que es la edad.

Cuando se afecta la Fase Volitiva, tampoco hay dolo, y lo que se hace que la fase volitiva se afecte, es la COACCION por lo tanto la Coacción en el Finalismo es causa de Atipicidad.

El ERROR DE TIPO que versa sobre uno de los elementos del tipo, abarca el Erros de Hecho y el Error de Derecho y de éste modo empezó el estudio acerca del Error, y fué hasta después que el causalismo aceptó el error de tipo como tal, es decir como lo hemos definido y era el famoso ERROR ESENCIAL (igual al error de tipo), pero este no es el único error sino que también hay error de prohibición, y lo que se afecta con el Error de Prohibición es la Culpabilidad, porque el Error de Prohibición consiste en la ignorancia de la ley, o es la no adecuación de un conocimiento con lo establecido en la ley por el Legislador en forma axiológica.

Al quedar la cognoscibilidad de la ilicitud no en el dolo sino en la culpabilidad y no el dolo ni la atipicidad, porque la cognoscibilidad, y porque la valoración redundante justamente porque el sujeto toma conocimiento del carácter ilícito del hecho (cognoscibilidad) y si no toma ese conocimiento o esa posibilidad de conocimiento entonces no es culpable, lo que quiere decir que la atipicidad se determina en la existencia con el error de tipo, con la existencia

de la coacción; error de tipo y coacción son causas de atipicidad. El error de tipo afecta la culpabilidad porque no se dan los elementos de la cognoscibilidad; cuando la cognoscibilidad formaba parte del dolo, afectar la cognoscibilidad significaba eliminar el dolo, cuando la cognoscibilidad no forma parte del dolo, ya no tiene nada que ver con el tipo; y cuando la cognoscibilidad forma parte de la culpabilidad cuando se afecta la cognoscibilidad se elimina en la culpabilidad.

Para referirnos a la Inculpabilidad es necesario sacar los elementos negativos de la culpabilidad:

Aspectos positivos	Aspectos negativos
Imputabilidad	Inimputabilidad
Cognoscibilidad	Error de Prohibición (Ignorancia de la ley y discrepancia axiológica con el legislador)
Exigibilidad	Estado de Necesidad Inculpante.

Cuando se afecta el primero de los elementos que es la Imputabilidad existe inimputabilidad que entonces es el aspecto negativo, que para ambos sistemas viene a ser exactamente lo mismo, y es la capacidad de querer y entender, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y determinar su conducta de acuerdo a esa comprensión; las características de la imputabilidad en el causalismo son válidos para el finalismo, es la capacidad del sujeto ahí no hay discusión. La discusión existe en el sistema causalista y prevalece en el sentido de que si la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad o es un elemento de ella. Para los finalistas la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad por eso está englobada dentro de ella como elemento de la culpabilidad. Lo anterior viene de Frank.

El siguiente elemento sería la Cognoscibilidad, siendo pues la cognoscibilidad la posibilidad del conocimiento del carácter ilícito del hecho. Se afecta éste elemento, y no se tiene la posibilidad con el ERROR DE PROHIBICION, que es la ignorancia completa de la prohibición específica que no

Solamente que hay que tomar en cuenta una cosa muy importante, si decimos que el error de prohibición elimina la culpabilidad, es cierto · si nosotros decimos que en el Sistema Finalista elimina la culpabilidad también es cierto, solo que son diferentes culpabilidades, y el mismo nombre pero con diferente contenido en el Sistema Causalista elimina la culpabilidad porque el dolo forma parte de la culpabilidad y la cognoscibilidad forma parte del dolo.

En cambio en el Finalista elimina la cognoscibilidad, pero la cognoscibilidad no forma parte del Dolo, y entonces el error de prohibición no tiene nada que ver con el Dolo.

Por otra parte la coincidencia con la valoración legislativa no es un elemento de la culpabilidad; la incoincidencia con la valoración legislativa no puede eliminar la culpabilidad; consecuentemente el error de prohibición número dos es irrelevante o sea la discrepancia axiológica.

Como ejemplo de la discrepancia axiológica, el marido que no puede defenderse legítimamente, una vez que la cópula se haya realizado porque el delito es instantáneo y la agresión del bien jurídico se ha consumado y ya no admite defensa el bien y lo que sucede sería venganza; por eso el conyugicidio es un delito por adulterio, no es una justificación; será discrepancia con el legislador no estar de acuerdo con la prohibición de matar después de haberse llevado a cabo la cópula, y piensa que dicha prohibición puesta por el legislador está equivocada, pero no afecta la cognoscibilidad y por lo tanto el error de prohibición dos es irrelevante porque no afecta ni la imputabilidad, ni la cognoscibilidad, ni la exigibilidad. Si se le puede exigir una conducta diversa: "nadie puede hacerse justicia por sí mismo", o bien denuncia el hecho ante las autoridades.

* * C O N C L U S I O N E S * *

1. La Dogmática Penal Alemana se divide para su estudio en tres sistemas: Clásico, Neoclásico y Finalista.

2. En el Sistema Clásico la tesis fundamental es la separación entre lo causal-objetivo (antijuridicidad) y el animus-subjetivo (culpabilidad). El Delito se encuentra formado por acción, resultado y relación causal, donde Acción es el movimiento corporal voluntario, capaz de modificar el mundo exterior y es la causa del Resultado de dicha modificación. El Tipo se aprecia como la simple descripción del aspecto objetivo del hecho. La antijuridicidad es un juicio de valor o disvalor que se efectúa desde el punto de vista objetivo sobre la conducta típica que contradice el orden jurídico. La Culpabilidad es la relación psicológica entre el sujeto y su resultado, sobre el aspecto subjetivo del comportamiento, una confrontación del hecho con su autor basada en el nexo psicológico o sea el contenido de voluntad.

3. El Sistema Neoclásico; coincide en su mayoría con lo establecido en el

Sistema Clásico o Causalista, se puede afirmar que las diferencias existentes entre ambos sistemas, radica principalmente en dos puntos: El primero de ellos con el descubrimiento de elementos subjetivos en el Tipo Penal, descubrimiento que se le atribuye a Fisher en 1911 y que fueron ratificados por Mayer. El segundo punto de diferencia lo encontramos precisamente en la Culpabilidad, pues este elemento subjetivo ya no es solo una relación psicológica entre el sujeto y su resultado sino que en el Neoclásico tenemos una relación normativa entre el sujeto y la norma, la Culpabilidad es un juicio de valor, es un juicio de reproche que se le finca al sujeto que siendo imputable y por lo mismo pudiendo obrar conforme a lo que la norma le exige obró de manera diferente, es decir, obró con Dolo o con Culpa siéndole exigible lo que la norma determina.

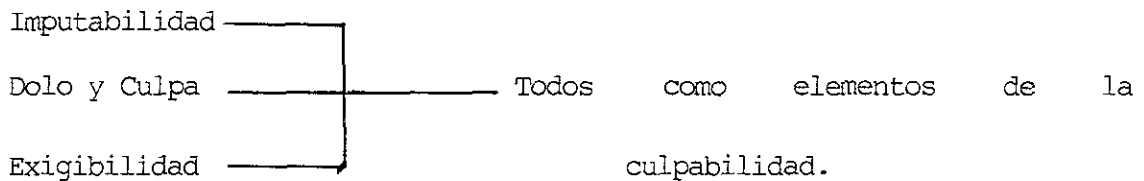
4. El Sistema Finalista determina que la voluntad es un factor rector que se traduce en la autodeterminación del sujeto, voluntad que se expresa hacia el exterior a través de una acción o a través de una omisión. Esta voluntad contiene dos factores: el factor externo (movimiento corporal voluntario positivo o negativo que desencadena el proceso causal) y el factor interno o factor de dirección que es el contenido de la voluntad, es decir, lo que el sujeto quiere o pretende con su movimiento corporal y que no es otra cosa que el Dolo considerado como una unidad, así pues el Concepto Ontico de Acción, se constituye con la voluntad, factor básico unido con su factor interno y factor externo. Liszt dentro del Clásico ubica el factor externo en la parte objetiva del delito como lo es la antijuridicidad y ubica el factor interno en la parte subjetiva como lo es la culpabilidad. Welzel toma en consideración éste concepto pero basándose en Zu Dohna, vuelve a crear el Concepto Ontico de la Acción extrayendo para ello el dolo y la culpa de la culpabilidad, para ponerlo donde le corresponde, es decir, en el Concepto de Acción y como la acción está

descrita en el Tipo, luego entonces Dolo y Culpa son elementos subjetivos del tipo mucho más importantes que los especiales elementos subjetivos del Delito descubiertos por Mayer en 1915.

5. La Culpabilidad dentro del Sistema Clásico tenía los elementos siguientes:

- Imputabilidad como presupuesto.
- Dolo y Culpa como especies de culpabilidad.

6. La Culpabilidad Neoclásica se integra por los siguientes elementos:



7. Para el Escuela Finalista la Culpabilidad se compone por:

- a) Imputabilidad
- b) Cognoscibilidad que es la posibilidad del conocimiento del carácter ilícito del hecho.
- c) Exigibilidad.

El Dolo y la Culpa ya no están en la Culpabilidad, ahora están en el Tipo en los elementos subjetivos del tipo.

8. El Dolo Causalista y Neoclásico es conocimiento y voluntad o sea conocimiento de los elementos del Tipo y conocimiento del carácter ilícito del hecho, o conocimiento de la antijuridicidad, o sea, cognoscibilidad.

9. El Dolo Malo de Mezger consiste en :

- a) Conocimiento de los elementos fácticos del Tipo, conocimiento de los elementos del Tipo. (Cococimiento elemental).

b) Voluntad de realización del hecho en base al conocimiento de la Antijuridicidad o cognoscibilidad.

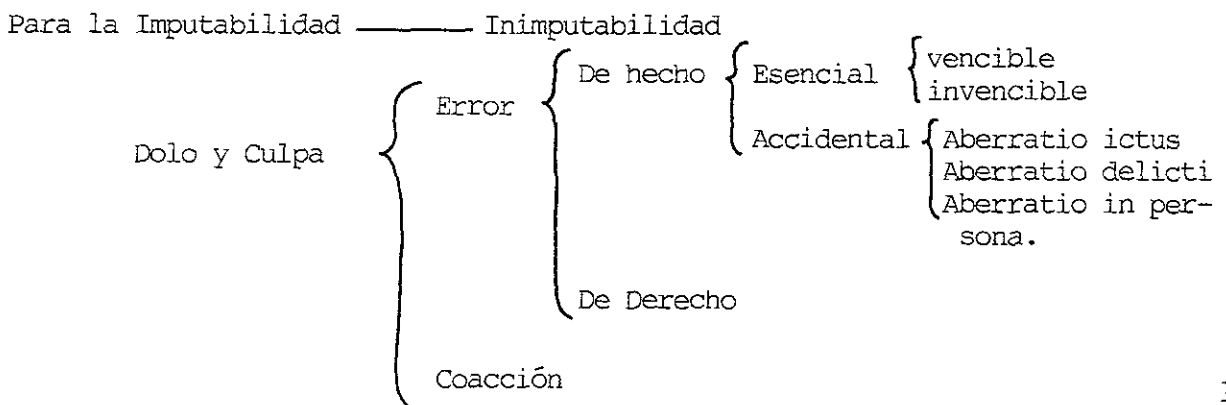
El Dolo Finalista de Welzel consiste en:

a) Conocimiento de los elementos fácticos del Tipo y querer el resultado.

b) El conocimiento de la Antijuridicidad desaparece en el Dolo Finalista, porque queda en la Culpabilidad; o sea, se toma el Dolo Malo de Mezger, se saca de la Culpabilidad, se fracciona y se lleva al Tipo como un Dolo Natural y ahí se deja y en la Culpabilidad se queda: Imputabilidad, Cognoscibilidad y la Exigibilidad.

10. Sí existe una diferencia entre el Dolo Neoclásico y el Dolo Finalista, ya que en primer lugar cambia la estructura interna del Dolo, de tal forma que en el Dolo Finalista ya no se necesita el conocimiento de la antijuridicidad o del carácter ilícito del hecho, por la razón de que ese conocimiento de la antijuridicidad o de la ilicitud del hecho ya no es un elemento del Dolo, sino que es un elemento de la culpabilidad y el Dolo está en el Tipo y ahí es donde lo vamos a valorar para considerar que hay Culpabilidad: el Dolo Finalista se encuentra en el factor de dirección de la Acción (conducta) y la conducta está en el Tipo.

11. Los aspectos negativos de la Culpabilidad Neoclásica son los siguientes:



Para la Exigibilidad ————— Inexigibilidad

12. Los aspectos negativos de la Culpabilidad Finalista son los siguientes:

Para la imputabilidad — Inimputabilidad

Cognoscibilidad — Error de Prohibición { 1. Ignorancia de la ley
2. Discrepancia axiológica con el legislador.

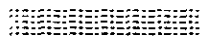
Exigibilidad — Estado de Necesidad Inculpante

13. La Inculpabilidad es una causa de inexistencia del delito que se caracteriza por la presencia del error en cuanto a la naturaleza del acto cometido o coacción para ejecutar el acto no querido, siendo éste antijurídico y legalmente descrito por la ley penal.

14. Para la Escuela Finalista se deshecha la clasificación de Error de Hecho y Error de Derecho y nace una nueva clasificación: El Error de Tipo que se llama así porque el lugar donde se plantea es precisamente en el lugar del Tipo Penal en relación a elementos del Tipo Penal y como ahora el Dolo y la Culpa pasan a formar parte del Tipo entonces el efecto de Error de Tipo se plantea a nivel de la Tipicidad, entonces el error de Tipo Penal puede ser vencible o invencible, y su efecto es excluir el Dolo o bien excluir tanto el Dolo como la Culpa y consecuentemente lo que afecta es la Tipicidad y ya nada tiene que ver con la culpabilidad.

Y el Error de Prohibición que puede ser ignorancia de la ley o la discrepancia axiológica con el legislador.

14. Dentro de la Sistemática Finalista el aspecto negativo de la exigibilidad es el Estado de Necesidad Inculpante que es la situación en donde existen dos bienes de igual valor y se tiene que salvar uno y lo que existe es inexigibilidad de la conducta.



* * B I B L I O G R A F I A * *

* * Castellanos Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General). Trigésima Quinta Edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1995 p.p 363

* * Cardona Arizmendi Enrique y otro. Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato. Cuarta Edición. Editorial Orlando Cárdenas V. Editor y Distribuidor. Irapuato, Gto. 1996 p.p 653

* * De Pina Vara Rafael y otro. Diccionario de Derecho. Vigésima Segunda Edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1996 p.p 525

* * González Quintanilla José Arturo. Derecho Penal Mexicano Parte General. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México 1996 p.p 504

* * Guiza Alday Francisco Javier. Códigos Penal y de Procedimientos Penales del Estado Libre y Soberano de Guanajuato. Comentado y Concordado el Libro Segundo del Código Penal, Parte Especial. Delitos. Segunda Edición. Editorial Cajica, S.A. Puebla, Puebla. México 1996 p.p 350

* * Graf Zu Dohna Alexander. La Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la Cuarta Edición Alemana. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1958 p.p 108

- * * Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo I. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1983 p.p 501
- * * López Betancourt Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México, D.F., 1995 p.p 281.
- * * López Betancourt Eduardo. Teoría del Delito. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México, D.F., 1995 p.p 303
- * * Mezger Edmund. Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Editorial Cárdenas Editores y Distribuidores. México, D.F., 1990 p.p 459
- * * Monterroso Salvatierra Jorge Efraín. Culpa y Omisión en la Teoría del Delito. Editorial, Porrúa, S.A. México 1993 p.p 206
- * * Moto Salazar Efraín. Elementos de Derecho. Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1992 p.p 452
- * * Orellana Wiarco Octavio Alberto. Teoría del Delito (Sistemas Causalista y Finalista). Segunda Edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1995 p.p 179
- * * Porte Petit Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Duodécima Edición. Editorial Porrúa. México, D.F. 1989 p.p 508
- * * Reynoso Dávila Roberto. Teoría General del Delito. Editorial Porrúa. México, D.F. 1995 p.p 362

- * * Rodríguez Manzanera Luis. Criminología. Décima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1996 p.p 546
- * * Vela Treviño Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Primera Edición. Tercera Reimpresión. Editorial Trillas. México, D.F. 1985 p.p 275
- * * Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano (Parte General). Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. D.F. 1990 p.p 654
- * * Welzel Hans. Derecho Penal Alemán (Parte General). Cuarta Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1993 p.p 343
- * * Zaffaroni Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal Tomo I, Tomo II, Tomo III, Tomo IV, Tomo V. Editorial Cárdenas Editores y Distribuidores. Tijuana, Baja California. 1988

LEYES Y OTRAS FUENTES

- * * Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política.
- * * Guanajuato. Código Penal Sustantivo Vigente.
- * * Moreno Hernández Moisés. Culpabilidad. Conferencia de fecha 7 de Junio de 1991. Universidad de Guanajuato.

* * Moreno Hernández Moisés. El Finalismo. Conferencia de fecha 21 de Septiembre de 1990. Universidad de Guanajuato.

* * Moreno Hernández Moisés. Teorías sobre el dolo y la culpabilidad. Conferencia de fecha 17 de mayo de 1991. Universidad de Guanajuato.

* * Moreno Hernández Moisés. El Error de Prohibición. Conferencia de fecha 24 de mayo de 1991. Universidad de Guanajuato.

