

357
20j



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"CAMPUS ARAGON"

"LA NECESIDAD DE REFORMAR LOS ARTICULOS
16 Y 17 DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO
LIBRE Y SOBERANO DE MEXICO."

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LILIANA SOTOMAYOR GALVAN

ASESOR: LICENCIADO MARIO SANDOVAL PEREZ

EDO. MEXICO.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

0271363 1999



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.

**DEDICADO A LA MEMORIA DE MI
ABUELITO LEOBARDO GALVAN
PORTILLO, A MIS PADRES ROSALINDA
Y ROLANDO Y A MIS HERMANOS
ADRIAN Y ALAN A QUIENES LES DEBO
LO QUE SOY.**

**A LAS SIGUIENTES PERSONAS MI MAS SINCERO
AGRADECIMIENTO:**

A MIS PROFESORES,

AL JURADO,

A MI ASESOR, EL LIC. MARIO SANDOVAL,

A EL C. MAG. DR. ARTURO BACA,

A EL C. MAG. LIC. HANZ EDUARDO LÓPEZ,

A EL C. LIC. ENRIQUE GONZÁLEZ

A EL C. LIC. SERGIO CÁRDENAS

A EL C. JUEZ LIC. ENRIQUE GALLEGOS,

A EL C. JUEZ LIC. ARMANDO MONTOYA,

A EL C. JUEZ LIC. FORTINO LÓPEZ,

A EL C. JUEZ LIC. ANDRÉS H. MARTINEZ,

A EL LIC. CARLOS CUEVAS,

AL PERSONAL DEL JUZGADO DÉCIMO SEXTO PENAL,

A MIS AMIGOS,

**Y EN GENERAL A TODOS LOS QUE ME BRINDARON SU
APOYO INCONDICIONAL.**

**HAGO PATENTE MI AGRADECIMIENTO A LAS SIGUIENTES
INSTITUCIONES A:**

**LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
"CAMPUS ARAGÓN", POR BRINDARME LA OPORTUNIDAD
DE LLEGAR A SER UNA PROFESIONISTA Y POR
PERMITIRME DESARROLLAR TODAS MIS INQUIETUDES.**

**EL INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS DE ABOGADOS
EGRESADOS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO "CAMPUS ARAGÓN", POR CREER EN MI.**

ÍNDICE TEMÁTICO

	PAG.
INTRODUCCIÓN	
1.- ANTECEDENTES	
1.1.- CONSOLIDACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO.	1
1.2.- TEORÍA CAUSALISTA.	3
1.2.1.- CONDUCTA.	4
1.2.2.- AUSENCIA DE CONDUCTA.	8
1.2.3.- TIPICIDAD.	9
1.2.4.- ATIPICIDAD.	11
1.2.5.- ANTIJURIDICIDAD.	12
1.2.6.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.	13
1.2.7.- IMPUTABILIDAD.	15
1.2.8.- INIMPUTABILIDAD.	16
1.2.9.- CULPABILIDAD.	16
1.2.10.- INCULPABILIDAD.	18
1.3.- TEORIA FINALISTA.	19
1.3.1.- CONDUCTA.	20
1.3.2.- AUSENCIA DE CONDUCTA.	25
1.3.3.- TIPICIDAD.	26
1.3.4.- ATIPICIDAD.	56
1.3.5.- ANTIJURIDICIDAD.	57
1.3.6.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.	60
2.- RESPONSABILIDAD Y CULPABILIDAD.	
2.1.- CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD.	64
2.2.- CONCEPTO DE CULPABILIDAD.	68
2.3.- DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD Y CULPABILIDAD.	72

3.- ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.	
3.1.- POSITIVOS.	74
3.1.1.- CAPACIDAD DE CULPABILIDAD.	74
3.1.2.- CONCIENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.	76
3.1.3.- NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.	79
3.2.- NEGATIVOS.	82
3.2.1.- TRASTORNOS MENTALES TRANSITORIOS.	83
3.2.2.- EL ERROR.	87
3.2.3.- ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE.	92
3.3.- EL CASO FORTUITO.	95
4.- LA LEGISLACIÓN PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.	
4.1.- ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE EL ARTICULO 15 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y LOS ARTÍCULOS 16 Y 17 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.	97
5.- PROPUESTA DE REFORMA A LOS ARTÍCULOS 16 Y 17 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO.	107
CONCLUSIONES.	
BIBLIOGRAFÍA.	

INTRODUCCIÓN

Hace algunos años el legislador mexicano incorporó a las normas penales una teoría de cierta forma innovadora (ya que se creó desde los años 40's en Alemania), en la cual el cuerpo del delito se convierte en el Tipo Penal, éste cambio fue sustancial y tan importante que se elevó a categoría de garantía individual en nuestra máxima ley, consagrada tanto en el artículo 16 como en el 19 constitucional.

Hoy en día se concibe al delito para su estudio como un ente conformado de varias partes, que como una fórmula química necesita de todos sus elementos para integrar un determinado compuesto, así mismo la teoría del delito requiere de todas sus partes para integrar el tipo penal y la responsabilidad del inculpado.

La Teoría del tipo comprende el estudio de todos los elementos, los cuales ya conocemos y que proponen autores como Eduardo López Betancourt en su libro "Teoría del Delito" y Fernando Castellanos Tena con "Lineamientos Elementales del Derecho Penal".

Con las reformas mencionadas, publicadas en el Diario Oficial de la Federación (10 de enero de 1994), la aplicación del derecho en materia penal recibe una nueva luz, dado que para sancionar no sólo se toma en cuenta el resultado material de la conducta; sino que actualmente se observa que la integración de los elementos del delito tanto objetivos como subjetivos del delito, e inclusive, ya no es menester el resultado material, considerándose también la intención del sujeto, su voluntad y por tanto existe excluyentes del delito tanto de elementos objetivos como subjetivos; Tal como se encuentra en el Código Penal para el Distrito Federal, no así en la legislación penal del Estado de México.

El legislador del Estado de México, no se ha puesto al corriente en relación con los lineamientos de nuestra Constitución Política y sus reformas que tienen como base los avances de la Ciencia Penal (al menos para nuestro país), esto tai

vez por la concepción propia que tienen del delito en este Estado, amparados por una Teoría Causalista, que en nuestro punto de vista consideramos se encuentra rebasada.

El propósito de la presente exposición es dar nuestro punto de vista al respecto; y esto en base a un general pero breve estudio tanto de la Teoría Causalista, como de la Finalista (de la que obligada y legalmente somos partidarios), mismo análisis que va a concluir con el estudio comparativo de los Códigos Penales de ambos Estados y una propuesta de lo que a nuestra consideración sería la ideal redacción de los artículos 16 y 17 del Código Penal del Estado de México.

Para lograr la presente propuesta examinamos a los más importantes doctrinarios de cada una de las teorías y llegando así a la conclusión de las ventajas que aporta la Teoría Finalista, aún cuando no descartamos sus controversias estructurales, si las dejamos a un lado, ya que estamos conscientes de que cada uno de nuestros capítulos e inclusive los subtemas tienen tal importancia que ameritarían ser el objeto único de estudio de un trabajo de tesis, pero para fines de encaminar y fundamentar éste trabajo y nuestra propuesta es suficiente la visión que de manera somera le damos a estos tópicos; sin embargo no descartamos la posibilidad de que con posterioridad ampliemos el presente.

No podemos dejar de lado la problemática que representaría la aplicación de nuestra propuesta, dado que el marco legal del Estado de México necesitaría una revisión integral a sus cuerpos legislativos penales, comenzando con la inexistencia de un precepto que indique como colmar los elementos del tipo que constitucionalmente debe reunir una decisión judicial (que consideramos de vital importancia); las limitaciones legales también nos alcanzan, al verificar que nuestra propuesta necesitaría de otros preceptos para contemplar penalidades disminuidas o tratamientos especiales, y además de otros artículos que necesitarían considerar (por lógica jurídica) los mismos términos que nuestra propuesta e inclusive eliminar el término "cuerpo del delito" de aquellos artículos donde se menciona todavía, como ejemplo el artículo 207 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México que dice: "La confesión no dispensará al Ministerio Público ni a la autoridad

judicial de practicar las diligencias necesarias para la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad del imputado" éste no es el único ejemplo, pero lo mencionamos con la finalidad de que el lector tenga una idea de lo profundas que deben ser las revisiones y reformas para la aplicación de nuestra propuesta.

Pese a lo anterior, estamos convencidos de los beneficios, en todos los ámbitos, que acarrearía la aplicación de la misma y considerando que el Estado de México, es una de las localidades con mayor población en el país e inclusive en el mundo, sería de gran utilidad que ésta comunidad contará con un sistema jurídico que proteja fielmente el principio de legalidad, ya que nuestras normas constitucionales serán aplicadas a escala local; proporcionándole al juzgador, al litigante y al propio procesado, un instrumento judicial preciso, que no dará opción a malas interpretaciones y que brindará las ventajas de unas resoluciones legales limpias e impugnables (por carecer de defectos técnicos).

Mencionadas las características del presente, invitamos al lector a analizar con cuidado este trabajo tomando en cuenta lo señalado.

ANTECEDENTES

CONSOLIDACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO.

"La palabra delito proviene del verbo latín delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley".¹

La problemática que significa dar un concepto del delito válido en todo tiempo y espacio se deriva de la diversidad de pensamiento de acuerdo a cada cultura y evolución de los mismos, ya que el delito va unido a la ideología de cada pueblo y las necesidades de cada época, dado que lo que hoy tiene carácter de delito, ayer no lo tuvo, por lo que se necesita de un determinado contexto social para determinar que una conducta específica representa un daño social, una conducta que se reprime dándole el carácter ilícito, de delito; por lo anterior se recurre a fórmulas jurídicas para definir el delito y enlazados de forma lógica se da un concepto, dicho de ésta forma, suena tan fácil que cualquier neófito en el derecho de su definición de lo que es el delito, pero no lo es, ni para los grandes maestros del mismo, ya que determinar los elementos de la Teoría del Delito, ha dado origen a todo tipo de corrientes; en tanto al número de elementos, la concepción bitómica, tritómica, tetratómica, pentatómica, hexatómicas, heptatómicas, etc.; en tanto a la ideología en voga, la Teoría Causalista, Finalista, Social, Psicologista, Normativista, Sistemico Funcionalista, etc.; ésto dificulta aún más dar el tan ansiado concepto que prevalezca en el tiempo y el espacio.

De acuerdo a éste momento, al fin del siglo que nos toco vivir coincidimos en que pese a las controversias en cuanto al orden de los elementos de la Teoría del Delito la mayoría está de acuerdo en que los elementos son: acción, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad, algunos agregan la punibilidad y las

¹ Fernando Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. 33 ed., Ed. Porrúa S.A. de C.V. México, 1993. p. 125.

condiciones objetivas de punibilidad; cabe aclarar que consideramos que la imputabilidad es elemento de la culpabilidad; las condiciones objetivas de punibilidad y la punibilidad son consecuencias del delito; punibilidad viene de pena es decir "el castigo" legalmente impuesto por el Estado al delincuente para garantizar el orden jurídico; es la reacción del poder público frente al delito, pero no es un elemento esencial del mismo, ésta afirmación se confirma cuando el elemento negativo de la punibilidad son las excusas absolutorias, en las cuales permanece el delito pero la pena no se aplica; de igual manera existen faltas administrativas en las que existe sanción pero no delito; en tanto a las condiciones objetivas de punibilidad nuestro criterio es que la excepción no hace regla, esto porque el legislador las da como condiciones para que se pueda imponer la pena en algunos ilícitos, lo que se buscan son las constantes del delito, aquellos elementos esenciales en todas las conductas con carácter de delito.

No podemos dejar de lado los elementos negativos del delito en cuya presencia desaparece el delito: la falta de acción, la ausencia del tipo, las causas de justificación y las causas de inculpabilidad.

Cronológicamente todos los elementos del tipo concurren a la vez, pero no existe prioridad en cuanto al tiempo ya que al realizarse el delito se dan todos sus elementos, pero en tanto a la lógica se debe buscar el probar primeramente la conducta, enseguida la tipicidad, es decir, su amoldamiento legal, lo siguiente es buscar si ésta conducta típica fue amparada por una causa justificante, después determinar si es antijurídica, para determinar si la conducta típica y antijurídica, es culpable, se debe determinar la imputabilidad del sujeto, la conciencia de su actuar antijurídico y el que no haya tenido otra opción, es decir, que le sea exigible una conducta distinta a la realizada, esto en la concepción de la Teoría Finalista.

Eugenio Raúl Zaffaroni dice que: "se llama "Teoría del delito" a la parte de la ciencia del Derecho Penal que se ocupa de explicar que es el delito en general, es decir, cuales son las características que debe tener cualquier delito".²

La finalidad de la teoría del delito atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, que consiste en facilitar el que se determine la presencia

² Eugenio Raúl Zaffaroni. Manual de Derecho Penal. Parte General. s/e. E d. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994. p. 333.

o ausencia del delito en cada caso en concreto, para concluir si estamos en presencia de un delito tendremos que formular una serie de preguntas, no una sola: se debe descomponer el delito en un cierto número de preguntas. Estas preguntas y sus respectivas respuestas deben darse en un cierto orden, por que no tiene sentido que preguntemos algunas cosas, cuando no hemos respondido otras; el encontrar estas preguntas y su orden es precisamente la función de la Teoría del delito, puesto que al explicarnos que es el delito en general, nos proporciona las características que debe presentar toda conducta delictiva.

En síntesis, la teoría del delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto considerando que delito es una conducta humana individualizada mediante un dispositivo legal que revela su prohibición, que por no estar permitido por ningún precepto jurídico es contraria al orden jurídico y que por serle exigible al autor que actuase de otra manera en esa circunstancia, le es reprochable, (conducta típica, antijurídica y culpable).³

Para fines didácticos vamos a realizar un breve análisis de todos los elementos del delito tanto en su aspecto positivo como negativo, esto desde ambos puntos de vista de la corriente causalista y la corriente finalista, para culminar con el tema que nos interesa de manera especial, la culpabilidad finalista.

TEORÍA CAUSALISTA.

La Teoría Causalista nace de una concepción filosófica, naturalista y positiva que cobró auge a fines del siglo pasado, en donde Franz Von Litz en su obra Tratado de Derecho Penal y sus seguidores plantearon la necesidad de extraer la

³ Cfr. Ibid., p. 343.

Teoría del Delito de la propia ley, naciendo así la Dogmática Jurídico Penal, es decir el conocimiento del delito a través del dogma, de la ley.⁴

El causalismo maneja una explicación de relación de causa a efecto, para explicar el delito. Así nos da como el primer elemento del delito la Acción, en una relación de causa a efecto y en la que únicamente interesa la manifestación de la voluntad, ampara la ejecución de los movimientos corporales, no así la finalidad de esa acción, que como proceso subjetivo corresponde al estudio de la culpabilidad. La acción es "ciega", el causalismo coloca en el plano objetivo a la acción, la tipicidad y la antijuridicidad y a la culpabilidad le da un lugar en el plano subjetivo.

La tipicidad para el sistema causalista aparece, cuando la conducta encuadra en el tipo, en la norma, pero éste encuadramiento es en relación a los elementos objetivos del tipo, ya que los elementos subjetivos los consideran como objetivos por el simple hecho de que se encuentran en la ley.

El causalismo respecto a la tentativa no da una explicación convincente; a los elementos subjetivos del tipo penal como son el dolo y la culpa los coloca en el terreno de la culpabilidad y a la imputabilidad como un presupuesto de la propia culpabilidad.

Estos antecedentes nos sirven para entrar de lleno a los elementos de la Teoría del Delito desde el punto de vista causalista, comenzaremos con la conducta.

Conducta.

Para dar un concepto de conducta se han usado diversas acepciones acto, acción, hecho, evento, acontecimiento, etcétera., el término adecuado debe abarcar tanto la acción como la omisión, la tentativa, el resultado y el sujeto quien la realiza, de ahí proviene la complicación de que una palabra envuelva todo lo anterior. Por lo

⁴ Cfr. Octavio Alberto Orellana Wiarco. Teoría del Delito. Sistemas Causalista y Finalista. 5a. ed. Ed. Porrúa S.A. de C.V.; México 1997. p.164.

tanto para tener un concepto que abarque tanto la acción como la omisión tipificados como delitos por el legislador, el término adecuado de acuerdo al diccionario y a varios doctrinarios es conducta.

Conducta es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo, encaminado a un propósito, es decir, que consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico; que consta del movimiento y la voluntad del sujeto y; en donde existe un nexo causal entre la conducta y el resultado.

El ser humano es el único sujeto que realiza conductas que interesen al Derecho Penal, aún cuando vale la pena obviar, que no es el Derecho Penal el que crea la conducta, sólo desvaloriza algunas conductas al considerarlas negativas; el legislador valora que conductas afectan la convivencia del individuo en sociedad y las describe en un tipo penal.

Las conductas delictivas sólo pueden ser realizadas por personas físicas, hoy en día ya no se sancionan los hechos realizados por los animales, ya que la ciencia ha demostrado que éstos actúan por instinto y no con conciencia; en tanto a la persona moral se ha llegado a un consenso general para determinar que no existe una voluntad colectiva para delinquir, es decir, que sólo existe la voluntad individual de los socios, pero cuando se usa como medio la persona moral para cometer ilícitos, si se le sanciona con su disolución; de lo anterior se desprende que la persona moral no puede ser sujeto activo del delito, pero eso no le resta su calidad de sujeto pasivo de algunos delitos, inclusive el Estado como persona jurídica lo es.

El concepto causal de acción, desarrollado por Franz Von Liszt, Ernest Von Beling y por Radbruch, fue fraccionada en dos partes: el proceso causal externo (objetivo), por un lado, y por el otro el contenido de la voluntad, simplemente subjetivo. De acuerdo con lo anterior la acción sería el mero proceso causal que desencadena el impulso voluntario, la inervación, la voluntad; en el mundo exterior, sin tomar en consideración si el autor lo ha querido o si sólo lo podía prever.

Se debe de adoptar aquel concepto amplio de acción, que exige la causalidad de la voluntad respecto al hecho y que remite completamente a la culpabilidad el problema, de cual era el contenido del querer, aquel concepto de

acción, por consiguiente, no es un movimiento corporal calificado de un modo determinado, sino sólo causado de una manera determinada.

Acción es, según lo antecedente y para los causalistas, todo movimiento corporal causado por un acto de voluntariedad y a éste respecto se entendería por "voluntariedad" toda conducta que, libre de fuerza mecánica o fisiológica, estuviere motivada por representaciones. Por querer debía entenderse también "únicamente el impulso de la voluntad por el que ponemos causas", definido aquel fisiológicamente como enervación, psicológicamente como proceso de conciencia.

A la acción, sólo le interesa saber que es lo que ha sido causado por el querer del autor, qué es lo que ha producido como efecto "del querer", todos estos efectos son partes integrantes de la acción, estos efectos han sido contenidos de la conciencia y por tanto el querer del autor, carece aquí de relevancia: éste problema no entra en consideración respecto al concepto de la acción, para constatar la existencia de una acción, basta la certeza de que el autor ha actuado voluntariamente, lo que haya querido al realizar la conducta delictiva es aquí indiferente; el contenido de la voluntad es relevante sólo para el problema de la culpabilidad. El concepto causal de acción, con su fraccionamiento de acción en el proceso "causal externo", por un lado, y el contenido de la voluntad "interno", por otro, parecía satisfacer mejor a la separación exigida por la dogmática entre juridicidad y culpabilidad; pues con ésto se podía referir la antijuridicidad al proceso causal externo (a la lesión causal de bienes jurídicos) y la culpabilidad al contenido de voluntad (la relación anímica del hecho con el resultado). Sobre ésta base surgió el sistema de Liszt-Beling-Radbruch, a pesar de que en realidad provenía de una efímera situación histórica y que reflejaba la situación dogmática de Alemania alrededor de 1900. Sin embargo, el ordenamiento que le servía de base se desintegró rápidamente en la época posterior; con el descubrimiento de elementos subjetivos en la antijuridicidad y, sobre todo, con el reconocimiento de que en la tentativa de cualquier delito el dolo es un elemento subjetivo del injusto, ya no podía referirse la diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad a la separación entre lo "causal-objetivo" y "lo anímico-subjetivo" por el contrario, la comprobación de que para la culpabilidad no es esencial una relación anímica con el resultado, reside en "un poder en lugar de ello" respecto a su conducta antijurídica que fundamenta la

"reprochabilidad" de la conducta antijurídica. Así pues, la teoría tradicional, después que su distinción fundamental entre lo "causal-objetivo" y lo "ánimico - subjetivo" no concuerda ya con los conceptos actuales ya de antijuridicidad y culpabilidad, trabaja hoy sólo con fragmentos del sistema de Franz Von Liszt y Ernest Von Beling. Finalmente éste sistema, se ha mostrado también como inapropiado para la comprensión del delito culposo, ya que se ha establecido que el elemento decisivo del injusto en la culpa no radica en la pura causación del resultado, sino en la contravención objetiva del cuidado de la acción.

El error fundamental de la teoría causal de la acción consiste en que no sólo desconoce la función primordial de la voluntad rectora respecto de la acción, sino que, incluso la destruye y la convierte en un mero proceso causal desencadenado por un acto de voluntad cualquiera. El contenido de la voluntad, que anticipa mentalmente las consecuencias posibles de un acto de voluntad y que dirige, conforme a un plan y sobre la base del saber causal, el proceso del acontecer externo, se convierte en un mero "reflejo" del fenómeno causal externo en el alma del actor. Con ello, la doctrina de la acción causal; pone decididamente de cabeza la relación entre la voluntad y la acción, esto se advierte con suma claridad en la tentativa. Ya en la determinación del concepto de tentativa fracasa la teoría causal de acción; la tentativa no es un mero proceso causal al que le falta el efecto, sino una acción que apunta a un resultado propuesto luego una acción en la que el contenido de voluntad es un elemento constitutivo.

En nada puede variar la función de la voluntad en la acción, si el acto de dirección de la acción externa por parte de la voluntad conduce al resultado, pero sí el contenido de la voluntad es parte integrante necesaria de la acción en la tentativa lo seguirá siendo si el resultado se produce. Solamente un concepto de acción, en el cual el "contenido" de la voluntad que anticipa las consecuencias es factor rector del acontecer exterior, puede hacer comprensible la acción como proceso animado de sentido y explicar por ello también la existencia de elementos anímicos-subjetivos en la antijuridicidad. La diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad no radica en la contraposición de "externo e interno", sino en la diferencia entre la acción como una unidad de "externo e interno" y el "poder en lugar de ello" del autor para su acción.

Ausencia de conducta.

Para hablar del aspecto negativo de la conducta, es decir su ausencia, es necesario señalar que no todos los movimientos corporales van cargados de conciencia ya sea por coacción externa o bien causas internas las cuales provocan que el sujeto no tenga libre decisión, por ésto es que la ley previendo dadas circunstancias determina que no existe en ellas conducta, éstas son contempladas en nuestra legislación penal.

"En general se presenta la ausencia de conducta cuando falta cualquiera de los sub elementos".⁵ Ausencia de conducta; inexistencia del resultado o la falta de un nexo causal entre la acción u omisión, y el resultado material, por tanto no existe conducta cuando se da cualquiera de las situaciones citadas a continuación:

VIS MAIOR.- Movimiento sin voluntad del sujeto a causa de una fuerza irresistible proveniente del actuar humano.

VIS ABSOLUTA.- Movimiento sin voluntad del sujeto a causa de una fuerza irresistible proveniente de la naturaleza, la aparente conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del derecho, por no existir la manifestación de voluntad; quien obra así es sólo un instrumento del delito no un hombre y ésto es independiente de la capacidad física y mental del sujeto.

MOVIMIENTOS REFLEJOS.- "Son aquellos actos corporales involuntarios que como excluyentes del delito sólo importan cuando no se pueden controlar ni retardar y que no sean previsibles".⁶

SUEÑO.- Aquí de igual manera no existe la voluntad del sujeto, porque al estar dormido el sujeto no tiene control sobre su cuerpo (siempre y cuando no haya sido obligación del sujeto el permanecer despierto); el sueño es el tiempo en el que el cuerpo se repone del desgaste diario y comprende relajación muscular y disminución de funciones orgánicas y nerviosas, así como de la temperatura del cuerpo, y principalmente la ausencia de control de la razón y de la voluntad.

⁵ Ibid., p.16.

⁶ Eduardo López Betancourt. Teoría del Delito. 2a. ed.; Ed. Porrúa S.A. de C.V., México, 1995. p.98.

HIPNOTISMO.- "Procedimiento por medio del cual se induce al sujeto a un llamado sueño magnético en el que pierde la voluntad; como excluyente del delito sólo es válido cuando el sujeto no da su consentimiento para ser hipnotizado con fines delictuosos por así creerse libre de responsabilidad"⁷; el individuo es situado en una obediencia automática hacia el sugestionador.

SONAMBULISMO.- Es el acto psíquico inconsciente por el cual la persona que padece un sueño anormal, puede levantarse, andar, hablar, etc., y al despertar no tendrá recuerdos de lo que hizo. Existe movimiento más falta la conciencia, el sujeto se rige por imágenes de la subconsciencia, provocados por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos.

Tipicidad.

"En los juicios del 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", en éste tercer párrafo del artículo catorce constitucional está fundamentada la existencia de la tipicidad penal.

La tipicidad como primer elemento del delito nace en 1906 a manos de Ernest Von Beling en su libro "*Lehre Vom Verberechen*"; ya que antes el tipo comprendía la totalidad de los caracteres del delito,

El concepto tipicidad tiene sus orígenes en el concepto de "cuerpo del delito"; pero la importancia de la doctrina de Ernest Von Beling fue desarrollar la teoría de la tipicidad con una función significadora y sistematizadora de la Teoría del Delito, que como instrumento técnico garantizará el principio de legalidad, que es el encargado de proteger al individuo del poder punitivo del Estado. El tipo resulta ser expresado en forma simplista como la descripción legal de una conducta como delictiva; y la tipicidad, como el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo.

⁷ *Ibid.* p.101.

El tipo es la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos de la norma penal; es el marco o cuadro; es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; la descripción objetiva y material de la conducta prohibida, tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos, formas posibles de conductas; la tipicidad nace cuando la conducta se encuadra en el tipo legal.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad, el tipo es la creación legislativa, la descripción que hace el Estado de una conducta en las leyes penales, la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto; basta que el legislador suprima de la ley penal un tipo, para que el delito quede excluido.

La adecuación típica significa, encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación también da su opinión respecto al tipo en la jurisprudencia que cita el maestro Eduardo López Betancourt que dice: "Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, ésto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concurra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta ser típica, por que la manifestación de la voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, en margen dentro de la definición de un tipo penal; como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando éste era objeto de una agresión injusta, real, grave, desaparece la antijuridicidad del acto incriminado y consecuentemente al concurrir la causa justificadora de la acción, resulta no culpable, o si tratándose del segundo de los delitos, no se satisface los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos."⁸

⁸ Cfr. Eduardo López Betancourt. Op. cit. . p.107.

La tipicidad como elemento de la Teoría del Delito no ha presentado gran controversia entre las corrientes jurídicas, en cuanto a su concepto, dado que la gran mayoría coincide en que la definición de la tipicidad es la adecuación o encuadramiento de una conducta con la descripción legal de un delito; su discrepancia de acuerdo a las corrientes recae en que no coinciden con los elementos integrantes del tipo penal.

Los elementos subjetivos del tipo (dolo, culpa y otros), son la principal discrepancia entre la teoría Causalista y la Finalista, los causalistas consideran que su estudio pertenece al elemento culpabilidad, en tanto a los finalistas los consideran parte del tipo.

Los elementos del tipo para los causalistas son generales y especiales, y como generales tenemos:

- a) Bien jurídico tutelado;
- b) Sujetos: activo y pasivo, sea en cuanto a su calidad o número;
- c) Manifestación de la voluntad;
- d) El resultado previsto en el tipo;
- e) Relación de causalidad;
- f) Los medios, formas y circunstancias previstas en el tipo;
- g) Las modalidades de tiempo, lugar y ocasión que señale el tipo; y
- h) El objeto material.

Todos éstos son elementos objetivos, es decir, concretos, comprobables físicamente; el estudio y definiciones de los mismos los haremos más adelante en el estudio de la tipicidad desde el punto de vista finalista.

Atipicidad.

El elemento negativo de la tipicidad lo encontramos cuando falta alguno de los elementos del tipo es decir:

- a) Falta del bien jurídico tutelado;
- b) Falta de calidad o número, en cuanto a sujetos activos o pasivos que exija el tipo;

- c) No exista manifestación de la voluntad;
- d) No se de el resultado previsto en el tipo;
- e) No exista relación de causalidad;
- f) Se de la ausencia de los medios, formas y circunstancias previstas en el tipo;
- g) Falta de las modalidades de tiempo, lugar y ocasión que exija el tipo; y
- h) Falta del objeto material.

Antijuridicidad.

Lo esencial de la antijuridicidad es un juicio de desvaloración de un acto, que en su esencia es contrario a las normas o valores sociales. Franz Von Litz apunta en su libro Tratado de Derecho Penal que: "el acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial). La sociedad, indica Max Ernest Mayer, es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos con el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponda a su interés. Es antijurídica aquella conducta que la norma, en tanto siendo típica, no esté amparada en alguna causa de justificación".⁹

Fernando Castellanos Tena nos dice al respecto: "La antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho, por lo tanto actúa antijurídicamente quién contradice un mandato de poder, es decir, que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo".¹⁰

Hay dos tipos de antijuridicidad, la material y la formal; es formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado y, el acto será materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

⁹ Cit. por Octavio Alberto Orellana Wiarco. Op. cit. p. 13.

La antijuridicidad se encarga de la fase externa de la conducta, una conducta es antijurídica cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación. La antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

Por eso se decía que la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza y la ley describe. Sin embargo Franz Von Litz ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad, "el acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos"¹¹

Causas de justificación.

Las causas de justificación son aquellas causas que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, eso es, aquellos actos u omisiones que revisten aspectos del delito, figura delictiva, pero en la que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de ser contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen.

Las conductas amparadas por las llamadas causas de justificación, vienen a resultar conductas lícitas, y por ende no pueden ser antijurídicas, o sea contrarias a derecho, sino por el contrario ajustadas a derecho y por lo mismo no merecen sanción.

En nuestro código, antes de las reformas, las causas de justificación eran denominadas "causas que excluyen la responsabilidad" igual que el título que aún se tiene en el Código Penal para el Estado libre y soberano de México (en adelante Código Penal del Estado de México), con lo que corroboramos que sólo se contempla un aspecto del delito como excluyente, faltando así a una correcta

¹⁰ Fernando Castellanos Tena. Op. cit. p. 178.

¹¹ Cit. por Luis Jiménez de Asúa. Lección de Derecho Penal. Colección Clásicos del Derecho. s/e. Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995. p. 179.

técnica jurídica, o una simple y lógica sistemática, por ende en un capítulo posterior estudiaremos detenidamente el verdadero significado de éste cambio de título.

La conducta que no es antijurídica no necesita justificarse; quién no lesiona ningún interés jurídico al obrar conforme a derecho no efectúa una conducta antijurídica que deba ser legitimada. A la determinación de la ausencia de la antijuridicidad, la rigen dos principios el de la ausencia del interés jurídico y el del interés preponderante, mismos que el juzgador debe tomar en cuenta para su conclusión al respecto de la antijuridicidad, la conducta típica de que se trate será conforme a derecho, así pues, tenemos causas de justificación ya sean por ausencia de interés jurídico, o bien por la preponderancia del interés jurídico; la legítima defensa, el estado de necesidad, obrar en cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho, el consentimiento del ofendido.

El maestro Fernando Castellanos Tena, dice al respecto de las causas de justificación, que son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. En tales condiciones la acción realizada a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho. Las causas de justificación consideran la preponderancia de intereses aún cuando se hable de valores iguales como puede ser la vida en la legítima defensa; se habla de "que si bien es verdad que a todos los hombres se les ha garantizado la vida y el disfrute de los mismos bienes jurídicos, ésto es mientras observen un mínimo de solidaridad y de respeto para los demás y para la comunidad en que viven, no hasta el grado de permitirles que destruyan el orden y el bien común al amparo de aquellas garantías".¹²

Los artículos 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito federal y 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, nos indican que una vez acreditados los elementos del tipo penal, se deberá constatar, si no existe acreditada alguna causa de licitud, para poder llegar o no a la afirmación de que la conducta típica también puede calificarse de antijurídica.

Los causalistas consideran como causas de justificación a la legítima defensa, al cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho y el estado de

¹² Fernando Castellanos Tena. Op cit. p. 193.

necesidad (analizados en el apartado referente a las causas de justificación, desde el punto de vista finalista).

Imputabilidad.

La imputabilidad es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente. Estas condiciones se resumen en el concepto de libertad; imputabilidad equivale a libertad (se refiere al libre albedrío).

La imputabilidad para su existencia tiene dos límites que son:

- a) Un límite físico, es decir, una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo logra el crecer psíquicamente como para podersele considerar imputable;
- b) Un límite psíquico, o sea, la capacidad de "entender" y "querer". La capacidad de entender es considerada en un plano intelectual es decir de comprensión, y la capacidad de querer en un plano de voluntad.

La imputabilidad va a radicar en la capacidad de motivarse por el mandato de la norma; y en la medida que esa capacidad de motivación no haya podido desarrollarse, sea por falta de madurez, por defecto psíquico o por cualquier razón, no podrá imputarse al sujeto una conducta y menos establecerse juicios de culpabilidad; la imputabilidad es pues, 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 mínimo físico representado por la edad y otro psíquico consistente en la salud mental.¹³

¹³ Cfr. Ibid. p. 218.

Inimputabilidad.

Las causas de inimputabilidad serán aquellas que constituyen el aspecto negativo de la imputabilidad, son aquellas circunstancias en que el sujeto imputable ya sea por que no tiene el límite de edad previsto en la ley, o por que no reúne las condiciones psíquicas previstas en la norma.

En la fracción séptima del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal (en adelante Código Penal para el Distrito Federal) se mencionan como causas de inimputabilidad el trastorno mental o el desarrollo intelectual retardado; ésto sin olvidar que en el resto de la República aún son causas de inimputabilidad la ceguera o sordomudez de nacimiento, con total falta de instrucción, o enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, o por desarrollo psíquico retardado o incompleto, o por grave perturbación de la conciencia sin base patológica.

Culpabilidad.

Un sujeto para ser culpable debe ser imputable, la imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal, la culpabilidad es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto, sus elementos son el conocimiento y la voluntad.

Las manifestaciones de la culpabilidad es el dolo y la culpa, el dolo es la intención perfecta de ejecutar un acto que se sabe es contrario a la ley; la culpa se entiende como la voluntaria omisión de diligencia, en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. En el sistema causalista existen dos corrientes que pretenden explicar la culpabilidad, la Teoría Sociológica y la Teoría Normativista, la primera se desarrolla sobre una base de relaciones naturalistas, en donde la culpabilidad no es sino otra cadena de relaciones que parten de la relación causal de la conducta que encuadra un resultado típico, a la relación subjetiva, psíquica de su autor y ese resultado sea a título doloso o culposos; la segunda

teoría no descuida la actitud psicológica de la conciencia y voluntad del agente hacia el resultado, por que se encuentra en tal actitud al momento causativo de éste y la posibilidad de su imputación al sujeto, como la determinación de sus especies estriba en la calidad de la dirección hacia el mismo resultado, sino que califica de culpable la actitud que de otro modo sería únicamente antijurídica, es decir para ésta teoría la formulación del reproche requiere la existencia de tres requisitos que son:

- a) La imputabilidad del agente, entendido como la capacidad del sujeto de conocer la antijuridicidad de su hacer y orientar su actividad conforme a dicho conocimiento.
- b) La presencia ya sea del dolo o la culpa.
- c) La no existencia de causas de no exigibilidad de otra conducta adecuada a derecho, (estado de necesidad disculpante, miedo insuperable, obediencia debida, etc.)

En el segundo de los requisitos de la culpabilidad causalista se contemplan las dos especies de la misma el dolo y la culpa. El dolo es el hecho de que quién realiza el acto delictivo debe de conocer la naturaleza delictiva del acto, sus consecuencias y el deseo de ocasionar el resultado, no se refiere a haber querido la acción, basta con que se desee el resultado. De lo antes expuesto se desprende que para que exista el dolo se deben tener tres elementos: el que el agente debe haber tenido la posibilidad de conocer que su deber era el realizar una conducta diversa a la realizada, el haber tenido la conciencia de que iba a violar un deber y por último el haber tenido la oportunidad de obrar con libertad para decidir si llevaba a cabo el acto delictivo o no. La culpa es la segunda especie de la culpabilidad, y es la producción de un resultado típico y antijurídico que pudo y debió ser previsto por el sujeto activo y que ya sea por negligencia, imprudencia o impericia causa un daño a un bien jurídicamente protegido, por lo dicho anteriormente, extraemos como elementos de la culpa el que el sujeto activo quiera la conducta sea ésta positiva o negativa, que se produzca un resultado dañoso tipificado como delito, que el agente activo actúe sin dolo, es decir que no tenga la intención delictiva, que actúe sin imaginarse el resultado o esperando que éste no se produzca, cuando aún siendo exigido por la ley el deber de previsión no prevenga los resultados y, que exista una relación causal directa entre el acto inicial y el resultado, es decir, que se de un

enlace entre el proceso psicológico del agente, ya sea de manera consciente o inconsciente, y el resultado lesivo, por no haber obrado con la previsión que exigía la norma. El actuar imprudentemente se da cuando el sujeto activo obra de forma temeraria, ligereza o sin precaución; con negligencia cuando su actuar es indiferente frente al posible resultado; con impericia cuando al agente le faltan de manera total o parcial los conocimientos indispensables para realizar una actividad técnica o profesional; o con ineptitud cuando el activo tiene una deficiencia de orden natural.

Inculpabilidad.

La inculpabilidad surge cuando por determinadas causas no se configura el dolo o la culpa, porque no se reúnan los elementos que mencionamos anteriormente para que se conformen las especies de la culpabilidad.

Las eximentes putativas son aquellas situaciones en que el sujeto, al realizar el hecho típico, se cree amparado por una causa justificante o bien que su conducta no es constitutiva de un delito, esto por que se encuentra desvirtuada su realidad por un error de hecho insuperable.

Algunos causalistas hablan de la no exigibilidad de otra conducta, como causa de inculpabilidad, ya que acertadamente dicen que no se le puede reprochar al sujeto su conducta, por que el derecho no puede exigir conductas heroicas, o en todo caso imponer penas a quienes se encontraban en situaciones extremas y no tuvieron la oportunidad de elegir, ya que el actuar lícitamente implicaba un peligro a su integridad corporal o su propia vida.

De lo anterior se desprende que los causalistas consideran hipótesis de inculpabilidad a: la violencia moral, el miedo, el exceso en las eximentes, el estado de necesidad de bienes de igual valía, el aborto sentimental y económico, el encubrimiento entre parientes próximos; cabe aclarar que en la legislación penal del Distrito Federal no se consideran algunas de éstas hipótesis como excluyentes del delito, pero para detallar al respecto en un capítulo posterior haremos una análisis

de las excluyentes del delito, a la luz de la teoría finalista (artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal).

El sistema causalista acepta el error como causa de inculpabilidad, cuando el sujeto en virtud de una equivocada e invencible concepción de la realidad fáctica produce un resultado típico, pero no acepta el error de derecho, pues su falsa apreciación de que el derecho ampara su actuar no le releva de responsabilidad. El principio que hasta hace poco tenía aceptación universal por los causalistas de que "la ignorancia de la ley a nadie excusa de su cumplimiento", nos lleva a concluir que el llamado error de derecho no tiene cabida en nuestro sistema legal, dado éste principio.

Afortunadamente las reformas del Código Penal Federal a éste respecto cambiaron la redacción del artículo 9º ya que antes decía: "La intención delictuosa no se destruirá, aún cuando el sujeto llegase a probar que creía que era legítimo el fin que se propuso", hoy día éste artículo hace referencia a otras cuestiones, pero en el artículo 15 si se contempla como excluyente del delito al error.

TEORÍA FINALISTA.

La teoría de la Acción Finalista nace a manos de Hanz Welzel, que plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal que se aparta de la sistemática de la dogmática llamada causalista, esto a partir de la década de los años treinta cuando aparecen publicados los trabajos de éste autor, de donde se desprende que en éste criterio el legislador debe partir de los conceptos de acción, antijuridicidad y culpabilidad, como estructuras fundamentales, que servirán para preservar los derechos fundamentales del hombre. "El sistema finalista aparece inspirado en la filosofía de los valores, corriente filosófica que surge en Alemania a principios del siglo presente y que en el terreno del Derecho Penal cuestiona los postulados del sistema causalista".¹⁴ El sistema de la acción final señala que no es posible, separar

¹⁴ Octavio Alberto Orellana Wiarco. Op. cit. p. 164.

la voluntad de realizar una acción, de la finalidad que se persigue con su realización, la acción es "vidente"; lo importante no es el resultado, como lo destaca el causalismo, sino la propia acción.

El finalismo considera que no existe una división entre planos objetivos y subjetivos, pues considera que quién ejecuta una conducta toma en cuenta la finalidad de la misma y sus efectos concomitantes, pero ésta finalidad está en su mente y por lo tanto concurren tanto el plano objetivo como el subjetivo.

El sistema finalista considera que al tipo corresponden elementos objetivos y subjetivos, al igual que normativos y que dentro de los elementos subjetivos aparecen el dolo y la culpa, que no se pueden separar del tipo, dado que la misma descripción legal hace mención de ella, ya que exige que la acción típica tenga un contenido doloso; ubican al dolo y la culpa en el tipo, y a la culpabilidad le reservan "el reproche de la conducta típica" apoyado en la posibilidad de actuar con el conocimiento de la antijuridicidad y en la exigibilidad de una conducta diversa a la ejecutada, la culpabilidad "reprocha" que el sujeto no se haya motivado en el sentido exigido por la norma.

Para explicar la tentativa el finalismo señala que si bien la acción es "vidente", no necesita del resultado para considerar que una conducta no se ajusta a derecho, se toma en cuenta la finalidad del sujeto, independientemente de que se diera o no un resultado.

Conducta.

La acción humana es el ejercicio de la actividad final, la acción es por eso, el acontecer "final", no solamente "causal", la "finalidad" o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede determinar, dentro de ciertos límites las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a su plan, a la consecución de éstos fines. En virtud de su saber causal previo, puede dirigir los distintos actos de su actividad

de tal modo, que oriente el acontecer causal estricto, a un fin y así lo sobredetermine finalmente.

La actividad final, es un obrar orientado consciente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, si no que es el resultado de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso parafraseando a Hanz Welzel la finalidad es "vidente", la causalidad "ciega". Dado que la finalidad se basa sobre la capacidad de la voluntad de proveer, dentro de ciertos límites, las consecuencias de engranaje de la intervención causal, y en base a ello dirigirla de acuerdo a un plan, a la consecución del fin, es la finalidad que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final; ella es el factor de dirección que sobredetermina el acontecer causal exterior y en virtud de esto lo convierte en una acción dirigida finalmente. Sin ella, la acción quedaría destruida en su estructura material y rebajada a un proceso causal ciego, la voluntad final pertenece, por ello, a la acción como factor integrante, en la medida en que configura objetivamente al acontecer exterior.

El aspecto subjetivo de la acción es la voluntad, que es aquella facultad del ser humano (exclusivamente) para gobernar libre y conscientemente sus actos externos e internos.¹⁵ El aspecto externo de la acción es el movimiento corporal que es el cambio de posición de alguna parte del cuerpo o todo, que realiza el sujeto, la conducta debe entenderse como el comportamiento corporal voluntario.

La dirección final de una acción se lleva a cabo en dos etapas, que en las simples acciones diarias se entrecruzan y sólo pueden distinguirse conceptualmente;

a) La primera transcurre totalmente en la esfera del pensamiento, y se da de la siguiente manera:

- 1.- La anticipación (el proponerse) del fin, que el autor quiere realizar.
- 2.- La selección de los medios de acción para la consecución de dicho fin. El autor determina, sobre la base de su saber causal y en un movimiento de retroceso mental desde el fin, los factores causales que son requeridos para el logro del mismo, incluso, aquél movimiento corporal con el que puede ponerse en marcha

¹⁵ Cfr. Eduardo López Betancourt. Op cit. p. 80.

toda la cadena causal (medios de acción), éste proceso mental se llama, "de retroceso", puesto que consta el fin y desde él se escogen los factores causales requeridos como medios de acción. Ahora bien los factores causales elegidos como medios van siempre unidos con otros efectos además con el fin perseguido. El fin es siempre un sector de los efectos de los factores causales puesto en movimiento, por ello, también pertenece a la selección de los medios.

3.- La consideración de los efectos concomitantes, que van unidos a los efectos causales considerados junto a la consecución del fin. Este proceso mental no se lleva acabo hacia atrás desde el fin, sino hacia adelante, a partir del factor causal elegido como medio en dirección a los efectos que trae o puede traer como consecuencia. La consideración de los efectos concomitantes pueden inducir al autor a reducir los medios escogidos o a seleccionar factores antagónicos adicionales que impidan la producción de los efectos concomitantes, o, en caso contrario, a dirigir la acción de modo de evitarlos. La voluntad de acción orientada a la obtención del fin se encamina aquí, al mismo tiempo, a evitar los efectos concomitantes.

b) De acuerdo con la anticipación mental del fin, la elección de los medios y el cómputo en el cálculo de los efectos concomitantes, el actor efectúa su acción en el mundo real. Pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de acción, escogidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que se han incluido en el complejo total ha realizar. La segunda etapa en la dirección final se lleva acabo en el mundo real. Es un proceso causal en la realidad, sobredeterminado por la definición del fin y los medios en la esfera del pensamiento en la medida en que no logra la sobredeterminación final en el mundo real, por ejemplo, cuando el resultado no se produce por cualquier razón, la acción final correspondiente es sólo intentada.

El contexto final de la acción se limita a la acción del medio y fin, y que abarca a lo más los efectos concomitantes esperados con seguridad, más no ya calculados como probables.

La conducta humana se manifiesta con el actuar de la persona, pero al omitir alguna conducta, puede ser sujeto de un delito por su no actuar; ya que existen

normas jurídicas que ordenan efectuar acciones para la producción de resultados socialmente deseados o para evitar aquellos socialmente indeseados. Estas normas se lesionan mediante la omisión de la conducta mandada, omisión es la no producción de la finalidad posible de un hombre en relación a una determinada acción. Sólo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho de una persona, puede ser omitida.

La omisión no significa un no hacer nada, sino un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta; dentro del derecho se manejan acciones prohibidas, con el fin de inducir a los ciudadanos a omitir las acciones respectivas para evitar que se ejecute lo malo.

En el derecho se aplican penas a las infracciones de un deber de actuar, por ejemplo el auxiliar a una persona lesionada, o a una persona atropellada, etc., éstos son los delitos de omisión "propios".

Existen los delitos de comisión por omisión, que aunque no están expresamente sancionados por la ley son castigados penalmente, es cuando al omitir su actuar se lesionan un bien jurídico tutelado, por ejemplo en el caso de la madre que no da alimentos a su hijo, y éste muere, se le castiga de acuerdo al delito de homicidio en relación al parentesco.

El que no actúa omite la acción ordenada por el mandato sólo cuando tenía el poder para la ejecución, para ello es necesario, el conocimiento de la situación típica.

De acuerdo a la concepción tradicional, es necesario el conocimiento de su poder de hecho para la ejecución de la acción omitida; habiendo conocimiento de la situación de la cual se desprende el deber de actuar, el omitente debe tener la posibilidad de saber como realizar la acción mandada, por ejemplo tiene que poder reconocer como puede efectuar una denuncia oportuna o prestar una ayuda eficaz, para entonces denunciar o auxiliar.

La posibilidad física real de llevar a efecto la acción mandada, él que no ha actuado tiene que tomar efectivamente el camino que le es reconocible para alcanzar el fin fijado por el mandato, el plan de acción proyectado tiene que ser realizable.

La antijuridicidad puede ser excluida por un deber opuesto de mayor o igual valor o por cualquier otra causal de justificación.

La omisión contraria al deber es culpable, cuando el deber de actuar le era reconocible al omitente y su cumplimiento le era exigible.

La culpabilidad queda excluida cuando no se le puede exigir al obligado un sacrificio de un interés cercano de poco valor para poder cumplir con el deber de actuar, también se ha contemplado la tentativa de omisión, en realidad se trata de la omisión de la tentativa de ejecutar la acción mandada.

La falta de cuidado puede presentarse en todas las etapas de la acción de cumplimiento, como pueden ser:

- 1.- La falta de cuidado en la ejecución de la acción mandada y correctamente planeada; el obligado a denunciar un delito quiere prevenir al amenazado, pero no lo hace bien;
- 2.- La falta de cuidado al examinar la posibilidad de cumplir el mandato: el obligado a denunciar un plan delictivo envía, en vez de ir él, a un niño, por lo que no se denuncia eficazmente;
- 3.- La falta de cuidado al juzgar la situación típica: el obligado al cuidado de una persona no cuenta con que se produzca un daño en la salud, a pesar de que esto le era posible reconocer.

El no evitar el resultado típico en el sentido de un delito de omisión impropio sólo para determinadas personas con el poder de hecho, que de antemano estén en relación estrecha respecto al bien jurídico. Los delitos de omisión impropios comparten por tanto, con los delitos especiales propios, la particularidad de carácter típico de que la antijuridicidad de la conducta del autor sólo se funda mediante la adición de características objetivas especiales del autor.

En los delitos de omisión impropios no puede obtenerse ninguna característica especial de autor para la determinación del autor de omisión, ya que la mayor parte de los delitos de comisión sólo conocen como autor al anónimo "el que", no se puede especificar.

El autor de una omisión no es castigado por haber causado el resultado típico, sino por no haberlo evitado.

Ausencia de conducta.

No habrá acción cuando por las causas que analizamos posteriormente, el activo no se haya planteado la realización de un fin, no haya seleccionado los medios para su realización, no haya considerado los efectos concomitantes o bien que se de el caso fortuito, es decir, que se den efectos no planeados, que el resultado sea consecuencia de un proceso causal ajeno a la voluntad del activo.¹⁶

Estas causas son:

a) Fuerza física irresistible o vis absoluta.- que es una fuerza de entidad total que deja al sujeto incapaz de dirigir sus movimientos, o sea, que lo hace obrar mecánicamente éstas fuerzas pueden provenir:

- 1) De la naturaleza (viento, inundación, fuego, etc.),
- 2) De la conducta humana de un tercero; se incluye en ésta división a los acontecimientos que se originan en el cuerpo del sujeto y que dan lugar a movimientos que no son controlables por la voluntad,

b) Involuntabilidad.- Es la incapacidad psíquica de conducta, puede consistir en estados de inconsciencia o supuestos en que el sujeto no puede controlar sus movimientos pese a tener conciencia.

- 1) Estado de inconsciencia.- La conciencia es el resultado del funcionamiento de las facultades del psiquismo humano y por lo tanto son estados de inconsciencia el sueño y el hipnotismo.
- 2) Crisis epilépticas.- Son crisis cerebrales que provienen de una descarga neuronal, caracterizada por una anulación de la conciencia.

Para probar la inconsciencia como excluyente del delito la Suprema Corte de Justicia de la Nación opina:

"INCONSCIENCIA, PRUEBA DE LA EXCLUYENTE DE. La comprobación de la excluyente de responsabilidad penal consistente en obrar en estado de inconsciencia, requiere, por su naturaleza eminentemente psicológica, de pruebas técnicas especiales que hacen necesario el dictamen de peritos".

¹⁶ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Tratado de Derecho Penal. Parte General. T. III. s/e. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1994. p. 135.

Sexta Época:

Amparo directo 1470/59. Agustín Gines Ruiz. 11 de Junio de 1959. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 6748/59. J. Rosario Ávila Barriga. 8 de Mayo de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 8551/60. Jorge Bernal Castillo. 9 de febrero de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2245/60. J. Guadalupe Galván Lázaro. 31 de Enero de 1962. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 6907/60. Pedro Cardona Rangel. 2 de diciembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Tipicidad.

"La acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencia a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida".¹⁷

La tipicidad consiste en esa cualidad o características de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal. La tipicidad fue creada por Ernest Von Beling, quien la consideró independiente de la antijuridicidad y de la culpabilidad. En un principio fue concebida solamente con los elementos objetivos (hechos externos) y con el paso del tiempo elementos subjetivos (dolo, culpa, etc.) y normativos que pasan a formar parte del tipo.

Comúnmente los doctrinarios hacen controversia respecto a la tipicidad, que si es el fundamento de la conducta, que si una es presupuesto de la otra, etc. pero la verdad es que a nuestro criterio cualquier conducta no contemplada como delito en la ley podrá tener los peores calificativos, pero nunca podrá ser sancionada

¹⁷ Eduardo López Betancourt. Op cit. p. 107.

como delito, es decir, dicha conducta sería conscientemente contraria a una norma de orden social pero no legal.

El finalismo considera al Tipo Penal como el objeto de valoración y se encuentra compuesto de elementos objetivos, subjetivos y normativos. Para Jeseck "el tipo de la acción punible surge de la conjunción de los elementos que fundamentan el contenido injusto de la correspondiente especie del delito".¹⁸

"El tipo penal es en instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes".¹⁹ La tipicidad es la adecuación o subsunción de una conducta concreta con la particularizada descripción legal.

Los elementos básicos del tipo son: el Bien Jurídico, el Objeto de la Acción, el Autor y la Acción. estos elementos básicos son complementados con los aspectos secundarios que le dan a cada uno su característica precisa. La unión de estos elementos del tipo, permite al legislador que establezca mandatos normativos de forma más simple.

El Bien Jurídico es el elemento que nos da el origen del tipo, puesto que los bienes jurídicos son los que el Derecho Penal protege, ya que de los mismos intereses de la comunidad, surge la necesidad de crear el Tipo Penal. Las Normas Jurídicas en las que se basa la protección del derecho Penal, prohíben bajo pena aquellas acciones que resultan idóneas para disminuir de forma especialmente peligrosa los intereses de la vida de la colectividad, por lo que se dice que el tipo nace de la norma y a su vez ésta tiene su origen en el Bien Jurídico Tutelado.

Hoy se admite que el Bien Jurídico constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos; así, ha de entenderse como valor ideal del orden social jurídicamente protegido, en cuyo mantenimiento tiene interés la comunidad y que puede atribuirse, como a su titular tanto al particular como a la colectividad. En cuanto a categoría puramente formal, el Bien Jurídico, es además, el género de todos los objetos individuales que incluye el fin de protección de la norma; los Bienes Jurídicos no constituyen objetos aprehensibles del mundo real, sino valores

¹⁸ Cit. por Eugenio Raúl Zaffaroni. Op. cit. p. 167.

¹⁹ Hanz Welzel. Derecho Penal Alemán, Parte General. 11a. ed. Ed. Jurídica de Chile, 1993. p. 213.

ideales del orden social sobre los que descansan la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la colectividad.

El concreto objeto en el que se realiza la acción típica, recibe el nombre de Objeto de la Acción o Ataque. El Objeto de la Acción puede manifestarse bajo formas distintas: como unidad psíquico-corporal (integridad o vida de una persona), como valor social (honor del ofendido), como valor económico (patrimonio), como cosa (animal susceptible de casa), como estado real (posibilidad de uso de un objeto). El Bien Jurídico y Objeto de la Acción como idea y fenómeno, son conceptos mutuamente relacionados, pero conceptualmente deben mantenerse separados.

La estructura de los tipos se sujeta a ciertas leyes que se derivan de las distintas posibilidades de ordenación de los elementos que los integran. De ésta manera, surgen clases de tipos firmemente asentados en la terminología jurídico-penal, que encierran significación en orden a la clasificación e interpretación de los preceptos penales.

1.- Según la relación existente entre Acción y Objeto de la Acción, se distingue entre delitos de resultado material y delitos de mera actividad o de resultado formal.

a) Delitos de resultado, presuponen en su tipo la producción en el objeto de la acción de un efecto diferenciado de la acción y separable de ella espacio-temporalmente.

b) Los delitos de mera actividad, el tipo de injusto se agota por el contrario en una acción del autor sin que haya de producirse el resultado en el sentido de efecto exterior, separable espacio-temporalmente.

c) El resultado típico ha de distinguirse del menoscabo del Bien Jurídico protegido. El resultado expreso, la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción separada de éste espacio temporalmente, tras que la lesión del Bien Jurídico afecta la relación de la acción típica con la pretensión de la vigencia del valor protegido por el precepto penal. También, por lo tanto los delitos de actividad contienen una lesión del Bien Jurídico.

2.- Según el grado de daño o el menoscabo del Objeto de la Acción se distinguen los delitos de lesión y de peligro.

a) En los delitos de lesión, el tipo presupone que se dañe el objeto de la acción protegido.

b) En los delitos de peligro basta el riesgo de una lesión como resultado de la acción. La producción del peligro es elemento del tipo y debe constatarse en el caso concreto.

3.- Según las dos formas del comportamiento humano básicas, la actividad y la pasividad, tenemos a los delitos de comisión o de omisión. En correspondencia con la distinción de delitos de resultado y delitos de actividad, existen delitos de omisión propia e impropia.

a) El delito de omisión impropia consiste en el no impedir la producción del resultado típico pese a la existencia de un deber de garante.

b) El delito de omisión propia, es el puro permanecer inactivo frente al imperativo expresado por una disposición preceptiva. Mientras que los delitos de omisión propia por definición han de hallarse siempre regulados por la ley, la mayor parte de delitos de omisión impropia se derivan, por la vía de la interpretación, de los tipos correspondientes a los delitos de comisión y sólo en pocos casos son regulados expresamente por el legislador.

4.- Según el número de bienes protegidos, en cada precepto penal, se habla de delitos simples y de delitos compuestos, normalmente los tipos penales protegen sólo un bien jurídico, por ejemplo la integridad corporal; pero hay preceptos con varios bienes jurídicos protegidos, como en el robo que se protege la propiedad y la tenencia, etc.; también los delitos cualificados por el resultado son generalmente delitos compuestos, como las lesiones con resultado de muerte.

5.- Según el número de acciones previstas en el tipo, tenemos delitos de un acto y delitos de varios actos. Los delitos de un sólo acto son por ejemplo: el robo y la extorsión. Los delitos de varios actos se componen de más de una acción. Una posición intermedia entre estos delitos lo son los tipos mixtos alternativos, en éstos se prevén por la ley distintas acciones abarcadas todas, por la misma conminación penal. Pero también es posible que se alternen el resultado y las modalidades del hecho, como las consecuencias en las lesiones graves, etc.

6.- Según la amplitud del círculo de autores se distingue entre delitos comunes, delitos especiales y delitos de propia mano. Delitos comunes, cualquiera puede ser el autor, como indica "el que", con que dan comienzo la mayoría de los preceptos penales. Delitos especiales propios, el tipo prevé sólo como posibles autores a personas especialmente caracterizadas, como pueden ser los servidores públicos. Los delitos especiales impropios, pueden cometerlos cualquiera, pero la autoría de personas cualificadas, constituye una causa de agravación de la pena. En los delitos de propia mano el tipo presupone un acto de realización corporal que el autor debe ejecutar por sí mismo para que concurra el específico injusto de la acción de la correspondiente clase de delito, como ejemplo tenemos la bigamia, injuria, etc.

7.- Según el grado de realización de los elementos del tipo se constituyen entre consumación y tentativa.

ELEMENTOS DESCRIPTIVOS DEL TIPO.

Los elementos descriptivos del tipo, son conceptos tomados del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describen objetos del mundo real. Son susceptibles de una constatación fáctica, por lo que pueden entenderse como descriptivos, aunque la precisión de su exacto contenido requiera la referencia a una norma y manifiesten, así un cierto grado de contenido jurídico, ejemplos: local cerrado, lucro indebido, escándalo, etc.

ELEMENTOS OBJETIVOS.

Dentro de los elementos del tipo los elementos objetivos son los más, puesto que de ellos se vale la ley para describir las conductas que conducen a la pena. Son los elementos puros de la tipicidad, son referencias a cosas, a personas o a modos de obrar, nociones todas ellas que pueden ser captadas por los sentidos.

A) BIEN JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO.- "es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado que revela su interés mediante

normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas".²⁰

El objeto jurídico, es el bien jurídicamente tutelado, es decir, el bien o derecho que es protegido por las leyes penales, el cual puede ser la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la propiedad privada, entre otros, como ejemplos tienen el objeto jurídico en el robo, el patrimonio, la propiedad, la posesión o ambas.

El objeto de ésta tutela penal, es el interés público por mantener inviolable la propiedad, entendida ésta en sentido penal, de modo que comprenda, fuera del derecho de propiedad en sentido estricto, todo derecho real y hasta la posesión de hecho. No obstante, hay que advertir, que la propiedad se haya protegida, en primer término, mientras que la posesión, o mejor dicho la tenencia, está protegida únicamente de modo secundario y subordinado.

B) LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO.- El bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo. Son bienes jurídicos, aquellos intereses de la vida de la comunidad a los que presta protección el derecho penal, y ésta protección significa que las normas jurídicas prohíben bajo pena aquellas acciones que resultan apropiadas para menoscabar de forma especialmente peligrosa los intereses de la vida de la colectividad.

Todos los tipos se centran en torno a uno o varios bienes jurídicos; puede decirse, incluso que no existen tipos penales desprovistos de bien jurídico; por lo que la lesión que pueda sufrir éste, se va a traducir en el menoscabo que sufren los valores protegidos por la ley; sobre los que descansa precisamente la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la colectividad.

C) PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO, AFECTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO.- Cabe insistir una vez más que la afectación al bien jurídico nada tiene que ver con el "resultado material", todo tipo legal requiere una cierta mutación en el mundo físico; ésta mutación es el "resultado material", que siempre haya un resultado material y que éste resultado siempre afecte un bien jurídico, no implica, en modo alguno que deban confundirse el concepto de resultado material con el de

²⁰ Vid. Eugenio Raúl Zaffaroni. Op cit. p. 240.

afectación al bien jurídico. En tanto que el resultado material es un fenómeno natural, la afectación del bien jurídico es un producto de la valoración jurídica.

Según la intensidad de menoscabo del objeto de la acción, se distinguen los delitos de lesión y de peligro (concreto). En los delitos de lesión el tipo presupone que se dañe el objeto de la acción protegido mientras que en los delitos de peligro basta el peligro de una lesión como resultado de la acción. La producción del peligro es el elemento del tipo y debe constatarse en el caso concreto. Por peligro debe entenderse un estado desacostumbrado y anormal en el que, para una persona dicha producción del daño resulte ser una evidente posibilidad, tomando en cuenta las circunstancias en las que se encuentre.

De los delitos de peligro concreto, importa distinguir los de peligro abstracto, constituyen un grado previo respecto de los delitos de peligro concreto, pues basta para su punibilidad la peligrosidad general de una acción para determinados bienes jurídicos. En estos delitos la producción del peligro no pertenece en sí misma al tipo, pues ya el comportamiento correspondiente implica en el tipo un peligro concreto.

D) AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.- Bajo el título de "autoría y participación", el Derecho regula todas las formas de intervención en el hecho punible y las describe en base a elementos generales. La línea de separación discurre entre el autor, y el coautor, y la autoría mediata, de una parte, y el inductor o el cómplice, de otra, pues también el coautor y el autor mediato cometen la acción punible como autores, aún cuando el primero lo haga en colaboración con los otros autores y el segundo a través de otro instrumento, en tanto que el inductor y el cómplice intervienen en un hecho ajeno. Inducción y complicidad, como las formas de la participación, presuponen siempre la autoría de otro. La independencia de la participación respecto al hecho principal recibe el nombre de *accesoriedad*, inducción y complicidad son además, únicamente punibles como intervención dolosa en un hecho ajeno. No obstante, la participación imprudente no queda sin más impune, sino que puede, en la medida en que el delito correspondiente permita también la comisión imprudente, constituir *autoría imprudente*.

Para resolver la cuestión de la delimitación debe partirse del concepto de autor, ya que sólo a partir del mismo puede aclararse lo que deba entenderse como

participación en sentido estricto, el delito puede ser la obra de varias personas. como sucede frecuentemente, las que concurren en el hecho teniendo diferentes roles, tal como ocurre con cualquier otra obra humana; igualmente, puede darse el caso en que la empresa criminal, llevada adelante por uno o más sujetos, no llegue a su término, es decir, quede en mero conato, sea porque se interrumpa la conducta o porque no sobrevenga el resultado. Por otro lado, el sujeto puede cometer varios delitos o bien, puede cometer un delito que resulte prohibido a la luz de dos o más tipos penales

Todas estas circunstancias dan lugar a la aparición de una problemática especial de la tipicidad que es la de la concurrencia de personas en el delito.

El artículo 13 del Código Penal del Distrito Federal, en el cual se aprecian las personas responsables de los delitos a la letra dice:

"Artículo 13.- Son Autores o participantes del delito.

I.- Los que acuerden o preparen su realización;

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven acabo sirviéndose de otro;

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión ;

VII.- Los que con posteridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64-bis de éste código."

Así tenemos que autor es todo aquél que hace cualquier aporte al delito, sea como autor o partícipe, los conceptos de autor, cómplice e instigador no son conceptos jurídicos sino óntico-ontológicos. En donde la teoría del autor único no ha logrado modificar el concepto de autor, sólo aplicar también al partícipe la pena del autor que no es lo mismo.

El concepto de autor y la participación es mucho más restringido, esto es, la *complicidad y la instigación son formas de extender la punibilidad.*

Se debe distinguir que ser coautor es diferente a ser cómplice ya que el último de los mencionados es solamente cooperador o auxiliador, es decir, el cómplice no toma parte en la ejecución (no es autor), por otra parte tenemos que, *participación, es el delito doloso cometido por vía de un injusto doloso ajeno, consiste en un aporte al mismo, hecho en la forma de investigación o de complicidad, el partícipe puede decirse es quien ha alcanzado una pena sin ser autor.*

Eugenio Raúl Zaffaroni al citar a Bettiol, dice: "que es partícipe el que *concorre a la perpetración de un delito desplegando una actividad distinta de la del autor principal, siempre que caiga en el ámbito de las normas incriminadoras secundarias de carácter extensivo sobre la participación*".²¹

También tenemos al instigador, quién queriendo que otro sea el autor de un injusto doloso, lo determina al mismo, en consecuencia, la instigación supone el dolo del instigador y el dolo del autor al realizar la conducta típica y antijurídica a que el instigador lo determina.

Al hablar de la complicidad tenemos que, es una cooperación que se presta al autor de un injusto penal, la cooperación es la ayuda que el autor acepta, en *forma tácita o expresa, es decir que la cooperación siempre requiere una cierta coordinación entre autor y cómplice hacia la obtención del resultado típico.*

El conocimiento de la ayuda y su aceptación por parte del autor, son presupuestos objetivos de la tipicidad de participación secundaria, es decir, el cómplice será el que sin ser autor, presta a éste una cooperación o un auxilio necesario para la comisión del hecho.

Tenemos que la coautoría es similar a la autoría, en tanto que la participación del coautor hace posible que surja determinado resultado, pero su particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas. Coautor es *quién en posesión de las cualidades personales de autor es portador de la decisión común respecto del hecho y en virtud de ello toma parte en la ejecución del*

²¹ Cit. por. Eugenio Raúl Zaffaroni. Op cit. p. 284.

delito.

La complicidad, consiste en prestar ayuda dolosa a un hecho doloso en donde el autor no necesita saber que se le ayudará. La complicidad tiene que favorecer (objetivamente) el hecho principal y éste favorecimiento ser querido (subjetivamente) por el cómplice, para lo cual basta el dolo eventual.

Es inductor el que ha determinado dolosamente a otro realizar un hecho antijurídico cometido dolosamente, y cómplice quien ha prestado ayuda dolosamente a otro a realizar un hecho antijurídico cometido dolosamente.

El concepto unitario de autor contempla a todos los intervinientes que *presten una contribución causal a la realización del tipo como autores*, con independencia de la importancia que corresponda a su colaboración para el conjunto del hecho.

La inducción es determinar dolosamente a otro al hecho antijurídico por él cometido; el inductor se limita a provocar en el autor la resolución delictiva, no tomando parte en el dominio del hecho mismo. En ello se distingue la inducción de la coautoría, por el contrario, para la teoría subjetiva, lo decisivo es que el inductor solamente posee voluntad de partícipe y no de autor.

La complicidad es la cooperación dolosa con otro en la realización de su hecho antijurídico dolosamente cometido, en donde el cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno, como el inductor, no toma parte en el dominio del hecho; el autor no necesita siquiera conocer la cooperación que le presta (la llamada complicidad oculta). En éste punto se distingue la complicidad de la coautoría, puesto que ésta requiere el dominio funcional del hecho sobre la base de un acuerdo en común.

Como hemos podido observar, existen un sin fin de clasificaciones en lo referente a la participación del sujeto en un hecho delictivo, pero las mismas giran en torno de los mismo e idénticos conceptos.

E) CALIDADES DE LOS SUJETOS.- Los sujetos pueden ser activo y pasivo. El sujeto activo es el autor de la conducta típica, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico tutelado.

Sujeto activo.- generalmente puede ser cualquiera, pero en ciertos tipos se requiere caracteres especiales. Cuando cualquiera puede ser sujeto activo los tipos suelen ser "el que" o "quien". Los tipos que individualizan conductas que pueden

ser cometidas por cualquiera dan lugar a los llamados "delicta-comunia". En tanto que los que requieren características especiales en el sujeto activo dan lugar a los denominados "delicta propia", los delicta propia pueden obedecer a características naturales (como que sea menor, etc.) o a requerimientos jurídicos (como que sea funcionario el autor del peculado)

Hanz Welzel en su libro *Derecho Penal Alemán* en el tipo objetivo nos habla de calidades del sujeto activo y nos dice que: "en la mayoría de los tipos, el autor no es caracterizado objetivamente. Autor es todo aquel que ejecuta la acción: el anónimo "el que" de la acción. En numerosos delitos, sin embargo, la acción típica va unida a un autor señalado concretamente, por ejemplo un delito funcionario sólo puede ser cometido por un funcionario".²²

Se habla en estos casos de delitos especiales y se distingue en ellos entre los propios e impropios, según si la condición especial del obligado del autor sólo agrava la punibilidad establecida en forma general o la fundamenta.

Cesar Augusto Osorio y Nieto indica que: "Sólo puede ser sujeto productor de una conducta ilícita penal, el hombre, único posible sujeto activo de un delito, no puede atribuirse conducta delictiva a animales o cosas inanimadas".²³

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal y es quien resiente, directamente los efectos del delito, el ofendido es la persona que sufre de forma indirecta los efectos del delito. Por otra parte se señala que algunas veces los tipos delictivos ofrecen en orden al sujeto activo algunas peculiaridades por ejemplo el número y su calidad. Cuando estamos ante la calidad se dice que son delitos particulares o exclusivos que sólo pueden ser cometidos por determinada categoría de personas, en contraposición a los delitos comunes, los cuales pueden ser realizados por cualquiera. Basta abrir el Código Penal para ver que ciertos delitos requieren de la cualidad de un funcionario o empleado público, de abogado, de descendiente, de ascendiente, de madre etc. Así mismo debe de subrayarse que en las leyes penales especiales también contienen, múltiples veces delitos propios, por ejemplo en la Ley de Instituciones de Crédito se habla de

²² Cfr. Hanz Welzel. *Op cit.* p. 280

²³ Cesar Augusto Osorio y Nieto. *Síntesis de Derecho Penal.* Parte General. s/e. Ed. Trillas, México, 1995. p. 80.

sujetos activos que trabajen y realicen funciones bancarias. Así mismo la cualidad propia de determinadas personas llega, incluso, a fundamentar la creación de un derecho y de un procedimiento especial, como acontece en orden a los delitos tipificados en materia militar.

Por otra parte la ley penal exige muchas veces la calidad específica en el sujeto pasivo, pudiendo ser clasificados los sujetos pasivos de la siguiente manera:

- 1.- La persona individual, sin distinción de sexo, estado mental, edad, posición social, económica, cualquiera que sea su condición jurídica durante el periodo vital.
- 2.- Personas jurídicas o morales, que pueden serlo en las infracciones contra su patrimonio.
- 3.- El Estado puede ser sujeto pasivo del delito por ejemplo en aquellos que señalan contra la seguridad pública y de la Nación.
- 4.- La colectividad Social también puede ser sujeto pasivo del delito.

Tenemos algunos delitos en el Código Penal que exigen esa calidad del sujeto pasivo por ejemplo cuando se exige la calidad de funcionario público o agente de la autoridad, menor de 18 años, que sea mujer, padre, madre o cualquier ascendiente o descendiente, niño incapaz de cuidarse por sí mismo, agentes diplomáticos etc.

Como lo hemos señalado los sujetos (activo y pasivo) con sus respectivas calidades serán estudiados en el tipo penal, en su parte objetiva, como lo indica el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código Adjetivo para el Distrito Federal.

F) EL RESULTADO.- Puede considerarse como sinónimo de efecto, nos remite a la realización de un estado de hecho, de una situación en relación con el principio de causalidad.

Resultado no es, por tanto, propiamente todo hecho, sino el acontecimiento que se presenta vinculado con otro hecho mediante un nexo causal; y como en ámbito de derecho se considera en primera línea, la conducta del hombre de ordinario por resultado se entiende el efecto de esa conducta. Al derecho no le interesan todos los resultados de la acción del hombre, sino sólo algunos de ellos; por tanto en sentido técnico, resultado es únicamente el efecto de la conducta que

el derecho toma en consideración, sólo en cuanto vincula a su verificación consecuencias de carácter penal.

Para el maestro Octavio Alberto Orellana Wiarco, el resultado es el segundo de los sub-elementos de la conducta, en los delitos de acción, el resultado es material; en los delitos de omisión el resultado material no se presenta, ello a inclinado a algunos penalistas a plantearse el problema de la existencia de delitos sin resultado,²⁴ Luis Jiménez de Asúa, y la corriente dominante se inclina por sostener que no existen delitos sin resultado, y en que los delitos de omisión el resultado es jurídico, pudiendo mencionarse clasificaciones de delitos en materiales informales; de daño efectivo y daño potencial o de peligro,²⁵ otros autores consideran que los delitos de simple actividad el tipo penal se agotan con el simple movimiento corporal, sin que sea necesario un resultado externo, pues el resultado se comprende en el propio movimiento corporal

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, el resultado va incluido en un "pragma" que semánticamente es lo que rebota en el mundo por efecto de la acción, pues proviene del latín resultare, es "resurtir, rebotar", y que se remonta a saltare (saltar, bailar), quizá etimológicamente, en referencia a las acciones humanas, fuese más correcto y preciso hablar de efecto cuya raíz última es facere (hacer), o aún con mayor exactitud llamar resultado al que es causado por la conducta aunque no procurado finalmente, y "efecto" a lo que resulta de la conducta siendo procurado finalmente por la misma, el resultado es una circunstancia física que se tiene eventualmente en cuenta para individualizar conductas humanas, y no obstante que va añeja siempre a la misma, quedan irremisiblemente fuera de ella. Son la sombra que acompaña al objeto, pero no es parte del mismo.²⁶

G) EL NEXO CAUSAL.- Es la relación existente entre la conducta y el resultado y mediante la cual se hace posible la atribución material de ésta a aquélla como su causa.

Para Luis Jiménez de Asúa, "El resultado sólo puede ser incriminado si existe un nexo causal o una relación de causalidad, entre el acto humano y el resultado

²⁴ Cfr. Vid. Octavio Alberto Orellana Wiarco. Op cit. p. 115.

²⁵ Cfr. Luis Jiménez de Asúa. Op cit. p. 228.

²⁶ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Op cit. p. 730.

producido. Existe esa relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad, sin que deje de producirse el resultado concreto (*conditio sine qua non*). Esta es la prueba negativamente formulada, más que una definición de la causalidad: *Sublata causa tollitur affectus (sic)*.²⁷

Existen varias teorías al respecto del nexo causal por lo que brevemente trataremos las más importantes.

1.- Teoría de la Equivalencia de las Condiciones.- Puede resumirse diciendo que por causa entienden la suma de todas las condiciones positivas o negativas que producen el resultado y como todas las condiciones son equivalentes entre sí por tener el mismo valor causal; cada una de ellas, a su vez debe considerarse como causa del resultado.

2.- Teoría de la Última Condición o de la Causa Próxima.- Para Ortmann su creador ésta teoría es el conjunto de condiciones concurrentes a la producción del resultado, sólo tiene carácter de causa la última de ellas, es decir la más próxima al resultado. Desecha por tanto el valor causal de las demás condiciones "mediatas" para otorgarle el título de causa únicamente a la inmediata.

3.- Teoría de la Condición más Eficaz.- Esta teoría nace a manos de Birkmeyer y está apoyada en un criterio cuantitativo, pretende que tendría valor causal aquella condición que, en el conflicto entre fuerzas antagónicas, desplegará eficacia preponderantemente.

4.- Teoría de la Adecuación.- Conforme a ésta teoría la causa en la producción del resultado no es toda condición sino aquella apropiada para producirlo.

5.- Teoría de la Causa Eficiente.- Es aquella fuerza del ser que con su acción produce un hecho. Kohler es su iniciador, sostuvo que dentro de una serie de condiciones, contribuyentes a producir el evento, únicamente tiene carácter de causa la decisiva sobre el resultado, criterio de eficiencia que se distingue, en razón de su base cualitativa de la teoría de la condición más eficaz de Birkmeyer, seguida por Stoppato.

6.- Teoría de la Causa Humana Exclusiva.- Comienza el autor por afirmar que sólo los resultados verificados dentro de la esfera del actuar del hombre, en el cuál éste

²⁷ Vid. Luis Jiménez de Asúa. Op.cit. p. 290.

está en condiciones de poner en juego sus facultades de conocer y querer, pueden considerarse como eventos producidos por una causa humana por haberlos querido o bien porque no queriéndolos no los ha evitado cuando estaba en sus manos impedirlos.

H) OBJETO MATERIAL.- Al analizar los elementos de la Teoría del Delito llegamos a el artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que establece, el objeto material del delito.

El objeto material del delito es la persona, el animal o la cosa en que se concreta el derecho subjetivo o bien jurídico violado por el delito. En observancia a estos artículos debemos de indicar la persona, animal o cosa sobre quién recae la materialización del delito; es un concepto realmente inadecuado para la actual teoría jurídica del delito. En éste se habla con mayor claridad, por un lado, del objeto de la acción (aquella cosa sobre que recae la acción denotada por un verbo transitivo) y, por el otro, del objeto de protección (o sea el bien jurídico, cuya afectación de daño o de peligro quiere precaver la norma incriminadora con la amenaza penal). El objeto material puede traer la problemática del delito imposible, sobre la tesis de la inexistencia del objeto material, o bien que pasaría con los delitos en donde se afectan bienes inmateriales, relaciones de puro derecho o intereses sociales o política.

I) LOS MEDIOS UTILIZADOS.- La actividad finalista no sólo comprende la finalidad de la acción, sino que abarca los medios necesarios y las consecuencias secundarias necesariamente vinculadas. La acción finalista es una construcción comprensiva y dividida del acontecimiento, en la cual el objetivo es únicamente una parte, junto a los medios puestos en movimiento y a las consecuencias secundarias conectadas con ellos.

De ahí que no es factible entender la palabra finalidad, partiendo de una mera interpretación del vocablo, ya que en ese caso, la finalidad podría considerar solamente el objetivo ("finis"). Esto no sería una equivocación menor que aquella en que incurriéramos- cuando se quisiera objetar contra la causalidad de que debería limitarse a la causa y no podría satisfacer el efecto.

La acción, en el sentido en que la entiende Hans Welzel, es el ejercicio final de la actividad humana. La voluntad finalista de la acción es una voluntad de concreción, que comprende todas las consecuencias que el autor conoce que se encuentran vinculadas con la obtención del objeto, y las quiere realizar por ello.

Sólo en relación con estas consecuencias de la acción, comprendidas por la voluntad de concreción existe un nexo finalista de la acción. Y es precisamente aquí, donde aparece luminosamente clara la afirmación welzeliana de que una acción es finalista solamente en lo referente a los resultados propuestos por la voluntad. En lo referente a otros resultados no propuestos por la voluntad de concreción, es sólo causal.

Al referirnos a los elementos del tipo, podemos mencionar que existen elementos descriptivos o de descripción objetiva, entre ellos: sujeto activo, sujeto pasivo, lugar, tiempo, objeto, medios de comisión, etc.

En cuanto a los medios de ejecución para la integración del tipo; así, por lo que hace a los medios de naturaleza violenta, el artículo 181 del Código Penal habla de coacción a la autoridad pública mediante violencia física o engaño o moral, y el artículo 386 del Código en mención se refiere al engaño o aprovechamiento del error en el fraude.

J) LUGAR Y TIEMPO DE LA COMISIÓN DEL DELITO.- En la mayoría de los casos, la actividad o la comisión se realizan en el mismo lugar en donde se produce el resultado; el tiempo que media entre el hacer o no hacer humanos y su resultado es insignificante y por ello pueden considerarse concomitantes. En ocasiones sin embargo, la conducta y el resultado no coinciden respecto a lugar y tiempo y es entonces cuando se está en presencia de los llamados delitos de distancia.

Para solucionar estos problemas se han elaborado diversas teorías, entre las que se señalan tres, a saber:

- a) Teoría de la actividad, según la cual el delito se comete en el lugar y al tiempo de la acción o de la omisión;
- b) Teoría del resultado; de acuerdo con ella el delito se realiza en el lugar y al tiempo de producción del resultado;

c) Teoría del conjunto o de la ubicuidad, para la cual el delito se comete tanto en el lugar y al tiempo de realización de la conducta, como en donde y cuando se produce el resultado.

La ausencia de un precepto para resolver éste problema en nuestra legislación penal, ha dado motivo a adoptar soluciones diversas con relación a los casos concretos, aunque generalmente se sigue la teoría del resultado. El anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958, acoge, en su artículo 5º, la teoría de la ubicuidad; expresa: "Para todos los efectos penales, se tendrá por cometido el delito en el lugar y tiempo en que se realice la conducta o el hecho o se produzca el resultado.

En cuanto a los delitos de Omisión (no hacer), se reputarán cometidos éstos en el lugar donde hubiera debido ejecutarse la acción (positiva, exigida y omitida), y donde se produjo el resultado derivado de la no acción.

En cuanto al tiempo, los delitos se cometen durante el periodo en que el agente hubiera debido ejecutar la acción omitida, que tenía el deber jurídico de realizar, comienzan en el momento en que es exigible la ejecución del acto y durante el tiempo de vigencia del deber de ejecutarlo.

En virtud de todo lo expuesto las cuestiones relativas al lugar y al tiempo del delito tienen especial importancia en la solución, entre otros, de los problemas siguientes:

1.- Referentes al lugar.

- a) Para saber con certeza si el hecho es o no punible en el territorio donde tiene obligatoriedad la ley penal.
- b) Para determinar la competencia de los tribunales locales internos.

2.- Referentes al tiempo.

- a) Para definir si es o no aplicable la ley vigente.
- b) Para establecer el fundamento, en sus casos respectivos de la antijuridicidad o de la culpabilidad de la conducta o hecho realizado.
- c) Para indagar y comprobar si se ha producido o no la prescripción del delito en relación con el tiempo de la acción penal.

Fernando Castellanos Tena, señala que en la legislación penal mexicana no existe un precepto para resolver éste problema y que se han adoptado diversas

soluciones, relativas a casos concretos, aunque dicho autor entiende que, con carácter general, se sigue la teoría del resultado.²⁸ Este autor estima que el anteproyecto del Código Penal de 1959 acogió, en su artículo 5º, la Teoría de la Ubicuidad al decir:

"Para todos los efectos penales se tendrá por cometido el delito en el lugar y tiempo en que se realice la conducta o el hecho o se produzca el resultado".

En cuanto al tiempo, se señala que el mismo no influye respecto de la comisión u omisión, en términos generales, para que la acción en amplio sentido sea o no delictuosa; sólo importa para determinar que la ley es la aplicable (artículo transitorio 2º del Código Penal) o lo relativo a la prescripción de la acción penal o de las penas (artículo 100 al 115 del mismo ordenamiento).

Además que, en algún caso especial, la nocturnidad es elemento esencial del tipo legal, como en ciertas especies de legítima defensa presunta (artículo 15 fracción III párrafo último del Código Penal) y que por nocturnidad debe entenderse el fenómeno astronómico propio.

Por lo que hace al lugar, se entiende que la legislación penal mexicana acepta la teoría del resultado, y cita como ejemplo el artículo 2º fracción primera del Código Penal que dice:

"Se aplicará así mismo:

I.- Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República..."

El penalista citado señala que la articulación procesal de éste principio se realiza a través del artículo 446 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuando establece:

"Es juez competente para juzgar de los hechos delictuosos y para aplicar la sanción procedente del lugar donde hubiere cometido el delito".

La jurisprudencia mexicana ha interpretado, únicamente, el que ese resultado, lo que da por cometido un delito. Concurren jueces de igual categoría o en caso de duda, será competente el que haya prevenido (artículo 447 del mismo

²⁸ Cfr. Fernando Castellanos Tena. Op cit. p. 112.

cuerpo legal citado), y lo mismo es aplicable para el caso de los delitos continuos (artículo 448 del mismo texto legal).

El lugar influye de manera determinada en ciertos tipos delictivos, configurados por la ley, así: cualquier sitio (artículo 340 del Código Penal), lugar cerrado (artículo 381 fracción primera), casa donde se recibe hospitalidad, obsequio o agasajo (artículo 381 fracción tercera) taller, habitación, escuela, oficina o bodega (artículo 381 fracción sexta).

Hay casos específicos en que el resultado material, contenido en una figura típica requiere para su relevancia penal que su realización se efectúe precisamente del modo o mediante el medio que la propia ley expresa; por ejemplo, la violencia física o moral en la cópula carnal a que se refiere el artículo 265 del Código Penal. Del mismo carácter es el artículo 386 respecto al fraude en cuanto al engaño o aprovechamiento del error para la obtención de cosas o de lucro indebido.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO.

I.- DOLO

La definición del dolo es un problema largamente analizado por la doctrina. Independientemente de las consecuentes diferentes que resultan de una filiación al psicologismo o al normativismo, en orden a la culpabilidad, impera en la actualidad una ubicación del dolo en la teoría de la acción siguiendo las ideas de Hanz Welzel.

Algunos autores, definen al dolo como aquello que existe no solamente cuando se ha querido un resultado, sino también cuando se ha tenido conciencia de la criminalidad de la propia acción y a pesar de ello se ha cobrado.

Como consecuencia natural de la teoría finalista de la acción, según la cual algunos de los elementos del delito varían en su ubicación, se produce una nueva sistemática, Hanz Welzel considera que "dolo es conocimiento y querer de la concreción del tipo".²⁹

Puede decirse que fue Franz Von Liszt quien inició la formulación de la teoría de la representación, con abandono de la tesis hasta entonces predominante de la

²⁹ Hanz Welzel. Op cit. p. 320.

voluntad, profesor de la Universidad de Berlín señaló que el dolo es el conocimiento que acompaña a la manifestación de la voluntad, de todas las circunstancias de hecho que acompañan al hecho previsto por la ley.

Al analizar los elementos del concepto anterior, entre ellos se encuentra la representación del hecho, entendida como la de un acontecimiento que habrá de realizarse y perceptible sensorialmente o como el conocimiento de las circunstancias del hecho, de donde resulta una definición del dolo "prima facie" como la representación del resultado, que acompaña a la manifestación de la voluntad.

Conforme a lo dicho, el fundamento a la teoría de la representación, en orden al dolo, se caracteriza por el proceso interno que realiza el agente en su mente y por el cual se representa el resultado que causalmente habrá de producir su conducta y a pesar de ello se ejecuta u omite, según sea el caso, esa conducta que finaliza produciendo el resultado representado. No se requiere que haya voluntad encaminada a la producción del resultado, sino simplemente, que en el sujeto actuante haya habido una representación del resultado. Utilizando un ejemplo a la enfermera que debe suministrar una inyección a su paciente cada hora para que no muera y que en vez de hacerlo se va de paseo, comete homicidio si el paciente muere puesto que quiso la acción (ir de paseo) y se presentó el resultado (la muerte del paciente), aunque no haya querido la muerte sino que la haya lamentado profundamente.

La Teoría de la Representación no ha sido aceptada por múltiples estudiosos ya que se dice, en ella se filtran elementos de carácter volitivo que desnaturaliza la esencia intelectual (lo representado) y se vuelve al lugar de partida o sea su voluntad.

Por su parte Luis Jiménez de Asúa considera, en posición crítica, que "quienes desean reemplazar totalmente la voluntad por la representación, desposeen al dolo del elemento efectivo (volitivo), puesto que la representación es un elemento intelectual, con lo que el concepto de la primera especie de la

culpabilidad queda no sólo mutilado en uno de sus requisitos, sino extendido de medida y peligrosamente, hasta el punto de que la noción del dolo desaparece".³⁰

Es sabida la trascendencia que en el campo jurídico penal tienen las opiniones que sustenta la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, las cuales cuando satisfacen los requisitos que establece la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución política tienen valor legal equiparable a cualquier código.

Existen hasta la fecha varias publicaciones que se han preocupado por recopilar y clasificar esas opiniones de la Suprema Corte; entre las consideradas publicaciones oficiales y particulares no aparece una tesis que pueda ser constitutiva de jurisprudencia, a pesar de que tratándose del dolo, nuestro alto tribunal ha sostenido que el criterio que acertado o no, es invariable y muestra una clara afiliación a la teoría de la voluntad para conceptuar al dolo. La única tesis jurisprudencial relacionada con el dolo aparece bajo éste rubro y marcada con el número 11 en la página 234 del Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, segunda parte, Primera Sala, pero se refiere a la presunción del obrar doloso de quien infringe una norma penal y no a lo que el dolo debe entenderse.

Para justificar la afirmación precedente, a continuación mencionaremos las opiniones vertidas en ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia, recordando en forma previa, que cuando nos ocupamos de la teoría de la voluntad para conceptuar el dolo, se dijo que está integrada por dos elementos, a saber: el conocimiento que tiene el agente de la naturaleza delictuosa del hecho que va a realizar y la voluntad o intención de realizar ese hecho específico no obstante el conocimiento de su naturaleza tiene el propio agente. Veamos ahora las ejecutorias:

"DOLO, EXISTENCIA DEL. El dolo existe con la sola voluntad de causar un daño, independientemente de que no haya representación cuantitativa del mismo".

Amparo directo 672/1961 Julio Castillo Monroy, junio de 1962. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mtro. J.J. González Bustamante. Primera Sala, Sexta época, Vol. IX, 2a parte, pág. 25.

³⁰ Luis Jiménez de Asúa. *Op cit.*, p. 302.

En ésta ejecutoria destacan varios aspectos; en primer término la expresa manifestación de que el dolo existe con la sola voluntad. Que, gramaticalmente excluye cualquier otro elemento diferente en el orden psicológico, que en éste caso vendría a ser la representación. Por otra parte, la voluntad, se dice, integra el dolo cuando va encaminado a la producción o causación de un daño, el cual puede equipararse, para los efectos que nos interesen en ese momento, con el conocimiento de la naturaleza delictuosa del hecho, porque sólo lo que es antijurídico y típico y produce un daño, es relevante para la formulación del reproche a título de dolo en orden a la culpabilidad.

En otra ejecutoria se dice:

"DOLO, CONCEPTO DE. El dolo consiste en la intención de ejecutar un hecho que es delictuoso".

Amparo Directo 3611/61. Octubre 26 de 1961.

Esta opinión de la Suprema Corte, escueta y definitiva, es absolutamente coincidente con lo anteriormente mencionado y constituye la esencia de la teoría de la voluntad para conceptuar al dolo: intención o voluntad de realizar un hecho y conocimiento de su naturaleza delictuosa, suponiendo que no fuere suficientemente clara la anterior ejecutoria, véase la siguiente:

"DOLO. CONTENIDO TÉCNICO. El dolo no puede entenderse únicamente como la voluntad de un resultado concreto. Es cierto que el activo del delito ejecuta su acto con un propósito específico, sin embargo lo que importa a la técnica jurídica es que exista voluntad inicial de contenido típico, y basta que ella exista para que el resultado se reproche como doloso. Puede no coincidir el resultado con la voluntad no obstante el dolo subsiste."

Amparo Directo 8776 23 de noviembre de 1971 5 votos.

II.- CULPA.

Proviene del latín culpa; en el lenguaje alemán (derecho penal), se sostiene por algunos que la palabra culpa (Fahrlässigkeit, de fahren lassen) puede tener tres significados:

a) Dejar fuera de cuidado, descuidar o actuar sin intención;

b) Actuar sin dolo,

c) Dejar las cosas al caso.

Conforme a otros, la culpa (de warlose) sería falta de observación, atención, cuidado o vigilancia. Y aún cuando no hay unidad de pareceres, lo cierto es que en la raíz de la culpa hay siempre la omisión de algo: cuidado, atención, etc.

En el lenguaje no específicamente penal, culpa equivale a imputación personal de responsabilidad, en una acepción mucho más estricta y de técnica latina, la culpa es una de las formas posibles de manifestarse la "culpabilidad" penal en un grado psicológico, moral jurídico inferior a la otra principal: el dolo. De ahí que la idea de la culpa se la ha ligado siempre a la de cuasidelito, por ser un estado intermedio entre el dolo y el caso fortuito, pues mientras que en el dolo existe previsión efectiva y, por consiguiente, conciencia del resultado, en la culpa hay tan sólo posibilidad de previsión, y en el caso fortuito, ni previsión ni previsibilidad. El substratum de la culpa, por tanto, es distinto del dolo, ya que en ella los factores intelectual y volitivo no operan con la misma intensidad que en éste. Al dolo se le considera como el grado mayor de culpabilidad y, por ende, de responsabilidad; en la culpa, en cambio, el elemento intelectual (previsión efectiva) queda sustituido por la previsibilidad, y el elemento volitivo queda reemplazado por una conducta negligente, una conducta que no presta la atención que se debe prestar y, por tal razón ocasiona un resultado prohibido.

En los tiempos anteriores a la república romana, la voz culpa poseyó un significado muy amplio, pues indicaba la "imputabilidad" o "culpabilidad" en general; luego se le utilizó de un modo ambivalente y, en muchos casos, de manera incierta, para expresar no sólo la culpa genérica (*lato sensu*), sino también la negligencia, impericia, falta, imprudencia (*stricto sensu*); siendo éste último el sentido que adquirió en la evolución posterior del derecho romano.

En el derecho Alemán, durante la Edad Media los cuerpos legislativos desconocieron totalmente el concepto de culpa; éste llegó a través de la ciencia penal italiana, que se había dedicado a comentar los textos romanos. El cuerpo legislativo que sirvió de cauce de expresión a la ciencia italiana fueron los *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532. Pero la recepción trajo consigo defectos, como el principio del "versari in re illicita" y la designación de "cuasidelito" para los

delitos culposos, que se siguieron manteniendo aún en las legislaciones posteriores.

La lenta evolución del derecho penal, desde la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado hasta las más sutiles formas culposas, aún no está terminada, sobre todo cuando todavía hay leyes que suelen contentarse con tipificar concretas y contadas figuras culposas, como el homicidio, que dificultan construir una doctrina general.

El lenguaje legal suele usar preferentemente los términos de imprudencia y negligencia, que en la práctica son equivalentes al de culpa preferido, en cambio, en el léxico científico actual, como por ejemplo, el Código Penal Español, desde su redacción de 1848, escribió en su texto: imprudencia, desdendiendo la más exacta fórmula de culpa que figuraba en el de 1822.

En la legislación penal mexicana, el Código Penal de 1871 hablaba correctamente de "culpa" (artículos 6, 11, 12, 14, 15 y 16); el Código de 1929 designó los delitos culposos con el término de delitos por imprudencia (art. 12). Los diversos proyectos de reforma (1949, 1958, 1963) enmiendan aquellas expresiones y adoptan la más técnica y correcta de delitos culposos.

En cuanto al sistema que se sigue respecto al tratamiento que se da a los delitos culposos, se establecen ciertas clasificaciones o grupos, como son:

- a) Códigos que, siguiendo el sistema romano y medieval, presiden de una definición dogmática de la culpa en la parte general y que se limitan a configurar y sancionar, en la especial, ciertos delitos culposos (así el Código Penal, Francés, el Luxemburgués y el Belga);
- b) Códigos que, en las disposiciones generales de su texto, dan una noción comprensiva de la culpa, sin condicionarla taxativamente a que las figuras culposas se tipifiquen en la parte especial (ejemplo, Código bávaro de 1813, Bolivia, Chile, Costa Rica y otros vigentes hasta 1970);
- c) Códigos que no definen la culpa en la parte general, pero enclavan en la especial una definición amplia;
- d) Códigos que se refieren a la culpa en la parte general y hacen constar en ella que los delitos culposos sólo se castigarán en aquellos casos taxativamente establecidos,

e) Modernos códigos y proyectos que dan en la parte general una definición de la culpa y limitanse en la punición a los casos taxativamente tipificados en la parte especial.

Mención especial en cuanto a la sistematización de la culpa criminal, merecen las legislaciones anglosajonas, por la desmedida y rigurosa acepción que prestan a la vieja máxima del "qui in jure illicita tenetur etiam pro casu"; la licitud inicial priva de relevancia a la culpa como tal, destruyendo su esencia por una teoría del "common law", que habla de la "malicia implícita". El Código Penal Mexicano de 1931 emplea el término imprudencia y definía ésta hasta antes de las reformas de 1984, como "toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional" (art. 8º). Hoy en día el artículo 8º habla de los delitos dolosos o culposos y en el artículo 9º se modifica, destacando como característica del mismo la "violación de un deber de cuidado", también dice, por ejemplo que el aborto causado por imprudencia de la mujer "no es punible" (art. 333), con lo que además de la definición, señala taxativamente los casos en que se cotiza o no la culpa.

El tratamiento que la dogmática jurídico-penal le da a la culpa, varía; para la generalidad de la doctrina tradicional la culpa es elemento o forma de la culpabilidad; es decir, la culpa, junto al dolo, es un problema de la culpabilidad.

Conforme a la concepción puramente "psicológica de culpabilidad", la culpa es una especie de ésta; pero como la culpabilidad es entendida como "relación psicológica" con el resultado, dicha relación también tiene que darse en la culpa, lo que provoca grandes dificultades sobre todo para la llamada culpa "inconsciente".

De acuerdo a la concepción normativa de la teoría causalista, la culpabilidad ya no se reduce a dolo y culpa, sino que es un "juicio de reproche" que se hace al autor, por lo que dolo y culpa no son especie sino elementos o grados de la culpabilidad, es decir, respecto de su ubicación sistemática no se produce cambio fundamental alguno. Ese cambio se opera con la teoría de la acción finalista, al extraerse los elementos dolo y culpa de la culpabilidad y se los ubica en la acción típica, es decir, la teoría finalista incluye la culpa y el dolo en el injusto; las acciones culposas o dolosas son presupuestos necesarios de la culpabilidad, pero no componentes de la misma.

Mientras que en los delitos dolosos es necesaria una fundamentación especial cuando, pese al dolo y por excepción, queda excluida la culpabilidad, a la inversa, en los casos de ausencia de dolo, se requiere una fundamentación particular para llegar, pese a esa ausencia, a la declaración de culpabilidad. Si en los primeros el hecho de que el autor ha concretado a sabiendas un tipo de delito, da origen, sin más y regularmente, al reproche de una determinación de voluntad contraria al deber en los segundos tal reproche presupone la existencia de un deber cuyo cumplimiento hubiera impedido al autor obrar como lo hizo. Son los deberes de diligencia, recaudación y consideración, cuya lesión reprochamos al autor, y que denominamos culpa.

Así pues, "culpa" es la expresión destinada a la culpabilidad de acciones no dolosas, adecuadas al tipo, realizadas por personas capaces de imputación.

Actúan culposamente quienes no ponen la diligencia a que están obligados y de la que son capaces, de acuerdo con las circunstancias y con sus condiciones personales, y porque no prevén que puede concretarse el tipo de una acción punible o aún previéndolo confían en que no se propondrá. De ésta definición del concepto de la culpa, relativamente la mejor, surge que ella, en su estructura psicológica, se vincula con el dolo eventual, del que se diferencia en el enfoque que el autor hace del resultado previsto como posible. Pero también puede estar presente la culpa faltando totalmente en el autor la conciencia de que está en vías de concretar un tipo delictivo.

El límite más bajo se debe buscar donde falta totalmente la culpabilidad por imposibilidad de hacer reproche alguno.

La tarea difícil en extremo consiste en determinar con precisión ese límite inferior de la culpabilidad, la que culmina en el planteo de la cuestión que pretende decidir qué medida de diligencia puede esperarse, en general del ser humano. La definición del concepto permite reconocer con toda claridad que la delimitación se efectúa desde dos puntos de vista: el objetivo y subjetivo. El segundo reza que nadie está obligado por encima de la medida de diligencia que él está en situación de aportar, de acuerdo con sus condiciones personales.

Debemos recalcar, con todo énfasis, que los defectos de la voluntad son, en general, corregibles y se corrigen del modo más eficaz precisamente por medio de

la conciencia de la responsabilidad; mientras que las capacidades intelectuales no pueden ser aumentadas por ese medio: un daño no hace más inteligente, sólo aumenta el saber por experiencia y agudiza la atención. Todavía puede basarse el reproche en el hecho de que el autor, a pesar de su capacidad deficiente, ha efectuado la maniobra que ha producido el daño. De ésta manera se fija el límite en forma individual, ya que el orden jurídico no impone exigencia alguna, en cuanto a precaución y atención, por encima de un determinado nivel objetivo, sólo omite fijar con precisión ese límite y, allí donde debía esperarse una definición clara, con una objetividad audaz, se remite a la diligencia a la que el autor está "obligado" de acuerdo con las circunstancias.

Pero si hacemos responsables al autor por su conducta y no por la falta de previsión que ha demostrado, entonces debe aparecer como reprochable precisamente esa conducta. Y éste no es el caso en que el interés fundado que el autor tiene en la realización de su obra, sea tan grande que signifique una extralimitación de las exigencias que es posible imponer, al esperar de él que renuncie a esa actividad para evitar un peligro (quizás muy pequeño) para la esfera jurídica de la comunidad. Éste es el sentido de aquella "exigibilidad" que requiere ser establecida para fundamentar la culpa; en tanto que las omisiones dolosas que producen lesiones jurídicas, deben ser tenidas en principio, por exigibles, la delimitación del deber de diligencia tiene, por tanto el efecto de dejar al margen el reproche de culpabilidad, cuando únicamente prestando una atención que sobrepasa ese límite mencionado, la confianza en que el resultado no se producirá se hubiera podido transformar en la decisión de renunciar a la obtención del propio interés perseguido.

III.- ELEMENTOS SUBJETIVOS ESPECÍFICOS.

Los elementos Subjetivos Específicos, son una referencia especial a una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de imprimir a su conducta o específico modo de ser o de estar del coeficiente psicológico de dicha conducta, bien perfilado en sus caracteres hasta integrar un estado de conciencia, para de esa manera dejar inequívoca constancia de que la conducta que tipifica es

solamente aquella que está presidida por dicha finalidad o estado y evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como típico cualquier acto externo.

Algunos autores hacen hincapié al respecto cuando dicen que, resulta a veces de verdadero interés para el legislador penal, hechos que objetivamente no interesan al Derecho penal, cobran interés cuando van acompañados de ciertos estado de conciencia del autor.

Cuando el legislador tipifica conductas que sólo son delictivas si se toma en cuenta la situación anímica del sujeto que actúa, ha de hacer referencia, en forma explícita o implícita, a dichos elementos subjetivos, que, desde el momento en que dejan se encuentran en la estructura del tipo, se convierten en verdaderos elementos del mismo.

La existencia de estos elementos típicos subjetivos responde a la complejidad que el propio acontecer que la vida ofrece, pues, como hemos visto, en algunos casos la propia realidad objetiva de determinadas conductas depende de la tendencia interna trascendente o del estado de conciencia del autor, y en otros, sólo a través de ellas la conducta antijurídica adquiere significación penal, por tanto no existe ninguna dificultad para conocer que tipo lo exige y su tarea se reduce cuando los términos legales dejan en duda, a establecer cuál es el estado de conciencia que da color a la acción. Por supuesto que no ocurre lo mismo cuando la letra de la ley nada dice sobre el elemento subjetivo, pues entonces la determinación de su existencia depende de la interpretación del tipo. Aquí es donde el jurista debe mostrar su sentimiento jurídico so pena de tergiversar el sentido del precepto penal.

El examen de ciertos delitos demuestra que determinado elemento subjetivo, no mencionado literalmente por la definición legal, es inherente a su noción, y que por ésta vía es posible levantarse sobre las legislaciones positivas para comprobar la existencia de elementos subjetivos más o menos permanente en la noción de algunos delitos.

En todos estos caso, el elemento subjetivo radica en el conocimiento que tiene el autor de la realidad de un determinado estado de cosas. Otras veces, el elemento subjetivo radica en un determinado deseo, ánimo o intención que el agente conecta a su conducta, como ejemplo tenemos el artículo 259 Bis (al que con fines lascivos) del Código Penal, y como ejemplo de tipos delictivos en los que,

si bien no se menciona expresamente la existencia de un elemento subjetivo, su interpretación descubre que un elemento de ésta especie hállase en ellos incito, puede citarse el artículo 260, ya que la existencia del requisito ejecución de un acto sexual depende de la intención que el agente conecte a sus actos de tocamiento; así como también el tipo de robo descrito en el artículo 367, pues para que exista apoderamiento es necesario que en el agente concurra el ánimo de apropiación.

La importancia de los elementos típicos subjetivos es extraordinaria, pues aparte de condicionar la posible aplicación de la figura típica, sirven para excluir apriorísticamente las configuraciones basadas en los contornos y perfiles del actuar culposo. Sólo los tipos delictivos que no contengan expresas o implícitas referencias a estos subjetivos elementos, son susceptibles de entrar en juego con base en la "...la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales", a que hace mención el párrafo último del artículo 9º del Código Punitivo.

ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO.

Los elementos normativos del tipo son hechos que sólo pueden presentarse e imaginarse bajo el presupuesto lógico de una norma. Se incluyen aquí los conceptos jurídicos propios, los conceptos referidos a valor y los conceptos referidos a sentido, se comprende que también en los elementos normativos se halla normalmente en un juego un momento de realidad aprehensible por los sentidos, por lo que también se encuentra en relación con el mundo de los hechos.

La teoría de tipo penal tuvo un significativo impulso como consecuencia del descubrimiento de los elementos normativos del tipo hecho por Marx Ernest Mayer.

El tipo es, básicamente libre de elementos que requieren una valoración judicial. En el estado alcanzado hoy el tipo es descriptivo, pues la tiene solamente elementos cuya realización ocurra en el mundo exterior, y que pueda consecuentemente ser comprobados mediante la realización de un juicio cognitivo; la gran transformación surge de los elementos normativos del tipo.

Se ha dicho que los elementos normativos son auténticos ejemplos de la antijuridicidad ya que ellos no denotan la antijuridicidad, sino que la fundamentan; no son rastro cognocendi, sino rastro essendi de la antijuridicidad.

Se trata de aquellos componentes del resultado antijurídico que sólo tienen significación determinadora de un valor y que ofrecen una mayor libertad al juez, ya que requieren una valorización para ser completados y poder ser aplicados. En éste caso, el legislador no espera que el juez justifique, según su criterio, sino debe exponerse en sus sentencias las evaluaciones que existen en la sociedad.

Los elementos normativos del tipo se reflejan a hechos que únicamente puedan pensarse bajo el presupuesto lógico de una norma, dentro de estos elementos quedan excluidos los conceptos jurídicos propios, los que se refieren a valor y sentido.

En algunas ocasiones, para tipificar una conducta, es necesario insertar juicios normativos del hecho, poder efectuar una evaluación especial de la conducta plasmada en el tipo penal.

En éste contexto, también hay quienes no están de acuerdo con la existencia de los elementos normativos del tipo penal, dentro de los cuales encontramos a Ernest Von Belling, quién niega su existencia y considera que todos los elementos del tipo son meramente descriptivos, ya que en ellos no se expresa la valoración jurídica que califica lo antijurídico.

Por su parte Edmundo Mezger, considera que los elementos normativos del tipo, son todos aquellos que para ser determinados requieren una valoración previa.

En éste mismo sentido, otros autores afirman, que todos los elementos del tipo tienen carácter normativo, ya que todos son conceptos jurídicos, y por lo tanto, conceptos valorativos teológicamente tipificados; ya que siempre se encontrará:

- I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y
- III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Así mismo se acreditarán, si el tipo lo requiere:

- a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo;
- b) El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;

- c) El objeto material;
- d) Los medios utilizados;
- e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- f) Los elementos normativos ;
- g) Los elementos subjetivos específicos y
- h) Las demás circunstancias que la Ley prevea.

Atipicidad.

"Es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal, es el aspecto negativo de la tipicidad".³¹

El maestro Luis Jiménez de Asúa dice "ha de afirmarse, pues, que existe ausencia de tipicidad en estos dos supuestos:

- a) Cuando no concurren en un hecho concreto todos los elementos del tipo descrito en el Código Penal o en las leyes penales, y puesto que son varias las relaciones y elementos de los tipos.
- b) Cuando la ley penal no ha descrito la conducta que en realidad se nos presenta con característica antijurídica".³²

El creador del tipo penal al respecto opinaba que "se presenta la atipicidad cuando la acción no se presenta con las características, requeridas típicas o esenciales"³³; es decir cuando se da por ejemplo la ausencia del sujeto activo, del pasivo, el objeto, las referencias temporales, la falta del medio previsto, los elementos subjetivos del injusto, los normativos, etc.

"Se acepta unánimemente que no hay delito sin tipo legal, razón por la cual podemos colegir que cuando el legislador no describe una conducta dentro de las

³¹ Vid. Eduardo López Betancourt. Op cit. p. 138.

³² Luis Jiménez de Asúa. Op cit. p. 315.

³³ Eduardo López Betancourt. Op cit. p. 131.

leyes penales tal conducta no es delito, es decir, hay ausencia de tipo cuando no existe descripción legal de una conducta como delictiva".³⁴

La Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado al respecto cuando dice: "Dentro de la teoría del delito una cuestión es la ausencia de tipicidad o atipicidad y otra diversa la falta de tipo (*inexistencia de presupuesto general del delito*), pues la primera, supone una conducta y no llega a ser típica a falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo ya con referencia a calidades en los sujetos, de referencias temporales o espaciales, de elementos subjetivos, etc.; mientras la segunda presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley".³⁵

Para los finalistas la atipicidad se refiere a que pese a que tengamos dada la tipicidad legal, la conducta no es penalmente típica, puesto que a la luz de la consideración de la norma conglobada en el orden normativo, queda fuera del alcance prohibitivo de la misma. Por ejemplo con el consentimiento; las lesiones en la práctica de los deportes, ya que en la práctica de un buen número de deportes pueden resultar lesiones e incluso la muerte de alguno de los participantes, toda vez que se trata de actividades riesgosas para la integridad física; la intervención quirúrgica y el aborto no punible.³⁶

Antijuridicidad.

"La antijuridicidad es el permiso que se le da al autor para que en esa circunstancia actúe de esa manera; Permitida, pero no fomentada y -ordenada por el derecho- no se tiene otro remedio que admitir una conducta que viola la norma prohibitiva".³⁷

³⁴ Cesar Augusto Osorio y Nieto. Op cit. p. 60.

³⁵ Cit. por Eduardo López Betancourt. Op. cit. p. 138

³⁶ Cfr. Vid. Eugenio Raúl Zaffaroni. Op cit. p. 487.

³⁷ Ibid. p. 544.

Existe el problema de que para algunos juristas, el término adecuado es "antijuricidad", mientras que para otros el correcto es "antijuridicidad", pero para efectos de la materia lo denominaremos antijuridicidad.

Para Enrique Bacigalupo la antijuridicidad es "una acción típica que no está justificada", nos sigue diciendo, ya se trate de la realización de un tipo de comisión o de omisión, o de un tipo doloso o culposo, en todo caso la antijuridicidad consiste en la falta de autorización de la acción típica. Matar a otro es una acción típica porque lesiona la norma que dice "no debes matar"; ésta misma acción típica será antijurídica si no ha sido realizada al amparo de una causa de justificación, por ejemplo en defensa, estado de necesidad, etc.³⁸

La antijuridicidad se da o no se da: un hecho típico está justificado o no lo está; fue cometido en legítima defensa o no; por lo tanto, no hay grados de antijuridicidad; los hechos pueden ser, comparativamente considerados, más o menos antijurídicos. Lo que sí puede ofrecer distintos grados es lo ilícito en su conjunto: un hecho ilícito puede ser más o menos grave. El Código Penal Colombiano en su artículo 4º se refiere en sentido estricto a la antijuridicidad al establecer la expresión "sin justa causa", o sea, sin estar justificada la acción por una de las causas reconocidas por la ley.

La antijuridicidad, o, como se acostumbra decir en la actualidad, lo injusto, es el presupuesto imprescindible de todo hecho punible. Antes, el término más usado era antijuridicidad, que significa, sencillamente, que el delito constituye una violación al derecho, o sea, que contradice el derecho. Hoy en virtud de la aversión que se tiene a conceptos rigurosos y cierta predilección por expresiones más vagas, se prefiere emplear, como decíamos, la palabra injusto, que determina el concepto, precisamente, con menor exactitud que la otra. De todos modos, emplearemos ambas expresiones como sinónimos.

Eugenio Raúl Zaffaroni, nos dice en tanto al tema en cuestión que la antijuridicidad surge de la antinormatividad (tipicidad penal) y de la falta de

³⁸ Cfr. Enrique Bacigalupo. Estudios de Derecho Penal y Política Criminal. s/e, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1989. p. 230.

adecuación a un tipo de permiso, es decir, de la circunstancia de que la conducta antinormativa no esté amparada por una causa de justificación.³⁹

La antijuridicidad presupone la antinormatividad, pero no es suficiente la antinormatividad para configurar la antijuridicidad, pues la antinormatividad puede ser neutralizada por un precepto permisivo, dicho en otras palabras, puesto que la tipicidad penal implica la antinormatividad, la antijuridicidad con relevancia penal presupone la tipicidad, como un desvalor provisorio, que debe ser configurado o desvirtuado mediante la comprobación de las causas de justificación. Debido a esto es que se graficaba la relación entre la tipicidad y la antijuridicidad diciendo que ambas se comportan como el humo y el fuego respectivamente, es decir, que el humo (tipicidad) es un indicio del fuego (antijuridicidad).

Octavio Alberto Orellana Wiarco afirma: "Dado que la Antijuridicidad es un concepto negativo (lo contrario a la norma, lo contrario al derecho) no resulta fácil dar una definición de la misma."⁴⁰

Por lo general, se señala como antijurídico lo que es contrario al derecho, pero aquí no puede entenderse lo contrario al derecho, lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado.

En la corriente material se conceptúa a la antijuridicidad como lo socialmente dañosos, la pena no tiene otra medida que la del peligro que el sujeto representaba para la sociedad, ésta corriente da al interprete de la ley penal libre arbitrio para considerar si hay o no delito. "La llamada antijuridicidad "formal" considera que para que una conducta sea delito, debe infringir una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico."⁴¹ Los autores se han inclinado por esta última y así se exigen dos elementos para que exista la antijuridicidad, la existencia de una adecuación de la conducta al tipo penal y que la conducta no se encuentra amparada por una causa de licitud o de exclusión del delito, es decir, realice una conducta justa conforme a derecho y por lo tanto no lesiona ningún bien jurídico.

³⁹ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Op cit. p. 562.

⁴⁰ Octavio Alberto Orellana Wiarco. Op cit. p. 23.

⁴¹ Eduardo López Betancourt. Op cit. p. 142.

"Antijuridicidad es, por lo tanto, la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Dado que el ordenamiento jurídico quiere establecer, con sus normas y preceptos permisivos, un orden valioso de la vida social, la realización antijurídica del tipo es una conducta que contraría a éste orden valioso."⁴²; es el juicio negativo de valor que recae sobre una conducta humana en tanto que su injusto es la conducta humana desvalorada. La antijuridicidad es la característica de contrariedad al derecho presentada por una conducta, se habla de que existen dos "antijuridicidades"; una formal que sería el resultado de la contrariedad de la conducta con la norma positiva; y una material que revelaría la antisocialidad de la conducta pero realmente la antijuridicidad siempre es material que revelaría la antisocialidad de la conducta; pero realmente la antijuridicidad siempre es material en el sentido que implica una efectiva afectación del bien jurídico, para cuya determinación a veces no tiene el legislador otro camino que referirse a pautas sociales de conducta. "La antijuridicidad siempre es formal por que su fundamento no puede partir más que del texto legal"⁴³

Causas de justificación.

1.- LEGITIMA DEFENSA.

La legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor sin traspasar la medida necesaria para la protección. En la legítima defensa se le da preferencia al bien de la sociedad sobre el bien del particular ya que éste mismo expone a un peligro su bien al constituirse en agresor y por eso es lícito y jurídico sacrificar una vida o un bien concreto cuando una u otra han sido comprometidas por su propio titular.

Los elementos de la legítima defensa son:

- 1) Una agresión real, actual o inminente y sin derecho.

⁴² Hanz Welzel. Op cit. p. 60.

⁴³ Vid. Eugenio Raúl Zaffaroni. Op cit p. 213.

Agresión.- La Suprema corte de Justicia de la Nación da su opinión al respecto:

"LEGÍTIMA DEFENSA. CONCEPTO DE AGRESIÓN. Para los efectos justificativos de la exculpante en legítima defensa, por agresión se entiende un movimiento corporal del atacante que amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos y que hace necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza".

Sexta Época:

Amparo directo 5966/57. Rafael Espinosa Díaz y coags. 6 de Octubre de 1958

Cinco votos.

Amparo directo 2223/58. Luciano Arzola González. 23 de octubre de 1958. Cinco votos.

Amparo directo 849/59. Aurelio Garduño Archundia. 16 de noviembre de 1959

Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 357/60. Armando Aparicio Peralta. 29 de Marzo de 1960.

Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 4772/60. Manuel Rodríguez Araiza. 27 de Septiembre de 1960. cinco votos.

Real.- Debe tener una verdadera existencia de peligro.

Inminente.- Que esta por suceder o que es inmediato.

2) Un peligro real e inminente de daño (derivado de la agresión).

Peligro.- Probabilidad de daño que puede proceder de un tercero, de la naturaleza o de los animales.

3) Una repulsa de dicha agresión.

Necesidad.- Que no exista otro medio de evitar el peligro, más que sacrificar alguno de los intereses legítimos que se encuentran en el mismo.

De igual manera existen presunciones de legítima defensa, como en la fracción cuarta del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal que dice: "...Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar sin derecho, al hogar de la gente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de los cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o

ajenos respecto de los que exista la misma obligación o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;..." en nuestro derecho positivo igual se contemplan aquellos casos en el que, él que se defiende incurre en excesos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronuncia al respecto cuando nos habla del exceso en la legítima defensa, en tanto dice:

"LEGÍTIMA DEFENSA, EXCESO EN LA. El exceso en la legítima defensa sólo se configura cuando la repulsa lícita de la agresión va más allá de lo necesario para evitar el peligro que ésta implica".

Sexta Época:

Amparo directo 4345/59. Ciro García Rodríguez. 11 de Noviembre de 1959. Cinco votos.

Amparo directo 7450/59. Carlos Romo Andrade. 17 de Marzo de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 6859/60. Heriberto Rodríguez Díaz. 24 de Febrero de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 3027/61. Ángel Ramírez Montoya. 28 de Julio de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

II.- CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO.

El consentimiento del ofendido debe reunir los siguientes requisitos:

- * Que quién de el consentimiento sea el titular del bien jurídico.
- * Que se consienta tanto el actuar jurídico como el tipo.
- * Que el bien sea disponible.
- * Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer del bien.
- * Que el consentimiento sea expreso o tácito

III.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

"De ésta causa de justificación se desprende que si la acción o la omisión está permitida y mandada por la ley, entonces el daño ocasionado será ilegítimo son las más importantes"; ⁴⁴ se refiere a:

⁴⁴ Eduardo López Betancourt . Op cit. p. 163.

- 1.- Deberes impuestos a un individuo en instantes de necesidad o urgencia, éste se dará ante la comisión de un delito.
- 2.- El deber de denuncia o revelación impuesto a ciertos profesionales.
- 3.- El caso de deberes de una profesión, entre los que destaca el guardar secreto.
- 4.- El de los deberes del testigo.

IV.- EJERCICIO DE UN DERECHO.

El Estado otorga a los particulares, derechos que sólo podrán ejercer en determinadas ocasiones, ya sea para proteger los bienes jurídicos tutelados o para ayudarlo en sus funciones policíacas ante la imposibilidad de cubrir todos los lugares en un mismo tiempo, ante la transgresión de las leyes; el ejercicio de un derecho tiene como fundamento legal el artículo 16 Constitucional en su cuarto párrafo que a la letra dice: "...En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indicado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridades inmediata y está, con la misma prontitud a la del Ministerio Público..."

Esta causa de justificación ampara también a los médicos y cirujanos que en ejercicio de su profesión, causen alguna alteración a la salud de sus pacientes, es decir, ya sea en el diagnóstico o en una intervención quirúrgica se equivoquen; pero siempre y cuando no exista imprudencia del médico. Las intervenciones quirúrgicas ya sean con fines estéticos o curativos por más simples que sean no están exentas de riesgos mismos de los que están conscientes tanto el médico, como el paciente, y de las cuales van a obtener, de resultar todo bien, la salud o la satisfacción del deseo estético y es por eso que el legislador considerando el riesgo mencionado y que el cirujano está titulado o autorizado y se cuenta con el consentimiento del pasivo, excluye al profesionalista de la salud de cometer un delito; cuando no se da el consentimiento o no se colma la capacidad requerida del profesionalista, pero que, dadas las circunstancias se ven en la necesidad de actuar, nos encontramos frente a un estado de necesidad.

De igual se considera a los delitos que se cometan contra la vida o la salud en el campo del deporte, es decir, en todos aquellos deportes en que se necesite el contacto físico o la presencia de un peligro y que sin mediar imprudencia o intención; y dentro de las reglas del juego se lesionen los bienes jurídicamente protegidos de

la vida o de la salud se encontraran amparados los deportistas por un derecho concedido por el Estado.

VI.- ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE,

"Es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo pueden evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona; los elementos del estado de necesidad son:

- 1.- Una situación de peligro, real, actual e inminente;
- 2.- Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente;
- 3.- Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno);
- 4.- Un ataque por parte de quién se encuentra en el estado necesario;
- 5.- El que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente".⁴⁵

"El estado de necesidad es un estado de peligro presente, que amenaza los intereses protegidos por la ley en el cual no queda otro recurso que violar los intereses ajenos jurídicamente protegidos, siendo ésta una de las más sobresalientes, al caracterizar con exactitud la situación de la que surge el estado de necesidad, como un conflicto entre los intereses jurídicos sin otra solución que el sacrificio de uno de ellos".⁴⁶

CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD.

CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD.

El término responsabilidad surge del latín *respondere* que significa "estar obligado", el concepto de responsabilidad es tan amplio que lo encontramos en los

⁴⁵ Fernando Castellanos Tena. Op. cit. p. 203.

⁴⁶ Eduardo López Betancourt. Op. cit. p. 153.

más diferentes niveles y campos; por eso se habla de responsabilidad "moral", "religiosa", "jurídica", etc.

La responsabilidad jurídica, surge en la idea de estar obligado, tan es así que en el Derecho Civil parte de que dado un acto ilícito que cause un daño se genera indemnizabilidad.

La responsabilidad penal en los tiempos primitivos era de carácter objetivo, es decir, se hacía cargar con las consecuencias del acto delictuoso a quién hubiese sido la causa material desencadenante de la cadena causal que produjo el resultado dañoso característico de la infracción, sin tener en cuenta para nada si entre el autor y el acto ilícito existía o no un ligamento psicológico, característica de derecho represivo de los pueblos indígenas mismo que hasta hace poco prevalecía en nuestro país.

Para fundamentar la responsabilidad existen dos teorías fundamentales:

- a) El Libre Albedrío.- Originada en la escuela Clásica, quienes para fundamentar la responsabilidad penal del delincuente, parten de la premisa de que éste es un hombre normal, es decir, inteligente y libre, lo cual le permite comprender el sentido y el alcance de sus actos y le es factible dirigir libremente sus acciones, hay quienes incluso aseguran no hay Derecho penal sin la idea del libre albedrío.
- b) El Determinismo.- Surge como contraparte a la teoría anterior en el seno de los positivistas, enunciando que el delincuente está fatalmente determinado al delito, al que Ferri consideró fenómeno natural, provocado por causas antropológicas y sociales, y totalmente ajeno a la libre voluntad del hombre, que es sólo una ilusión que se basa en la ignorancia, por tanto el hombre es responsable de sus actos exteriormente delictivos, sólo por que vive en sociedad y mientras vive en ella, ya que la sociedad tiene el derecho y, al mismo tiempo, la misión de prever la propia defensa, apenas se dan las condiciones de imputabilidad física, por la cual el determinismo y la responsabilidad social no implica la negación del derecho de penar, sino cambiar su fundamento y su carácter, por tanto para ésta doctrina, la sanción penal en vez de tener un carácter retributivo pasa a ser un medio de defensa social, ya que así como el delincuente es llevado fatalmente al delito por causas individuales y ambientales, la sociedad también está determinada a

defenderse de los ataques que atentan contra su existencia. Por lo poco conveniente y convincente surge otra teoría;

c) La Peligrosidad Criminal.- Su principal exponente Rafael Garófalo indica que la temibilidad, o la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que debe temerse por parte de él (fundamento de la responsabilidad), el autor de un delito es responsable criminalmente por que es peligroso, y ésto en la medida de su peligrosidad; la peligrosidad es la aptitud, tendencia o inclinación al delito, nuevamente, ésta teoría es irrelevante dado que no hay crimen sin pena y sin ley.

Los códigos actuales optan por una posición ecléctica al respecto, ya que reconocen la dignidad humana al aceptar como fundamento de la responsabilidad penal la libertad del hombre, conforme a las exigencias del Derecho Penal moderno; no deja a la sociedad indefensa respecto de los hechos de los individuos que son responsables, adoptando un buen sistema de seguridad; y acepta la teoría de la peligrosidad aún cuando sea sólo para la individualización de la pena.

El término responsabilidad proviene de responder y esto supone que ha sido interrogado o llamado a rendir cuentas el sujeto, sobre algo que le incumbe, lo que en sentido jurídico significa responder ante la justicia por un hecho que se le atribuye.

El concepto responsabilidad ha sido debatido ya que hoy en día tiene un significado distinto al que tuvo en sus raíces, y aún ésta no es compartida por todos los doctrinarios, éste problema surge desde la antigüedad ya que los romanos la confundían con la pena, reparación y responsabilidad; a la decadencia de Roma ya se vinculaban la responsabilidad y la culpabilidad (confusión que prevalece a nuestros días); su distinción surge hasta Ferri ya que nace la responsabilidad sin culpa (ésto es por los constantes accidentes provenientes de la Revolución Industrial).

La obligación de soportar la consecuencia específica del delito constituye la responsabilidad penal, ésta responsabilidad recae únicamente sobre el delincuente y no debe confundirse con la responsabilidad civil emergente del delito -que impone la obligación de indemnizar a la víctima del mismo- que tiene carácter accesorio,

que se rige por principios de derecho civil y puede hacerse efectiva, en forma indirecta, sobre terceros que no han intervenido en la ejecución del delito.

La consecuencia específica del delito es la pena, la que sólo puede imponerse al autor o partícipe de un delito que sea penalmente responsable. es necesario que el delito que se le imputa aparezca configurado con todos los elementos esenciales para su existencia, por lo cual debe tenerse una acción, positiva o negativa, que pueda atribuirsele al sujeto activo como expresión de su personalidad, que sea antijurídica, típica y culpable mismos que son presupuestos necesarios de la responsabilidad penal, es entonces cuando aparece como una consecuencia del delito, o sea, con la pena que debe soportar como retribución del delito cometido, que la sociedad le impone como reproche, por tanto sino se dan los elementos del delito o surgen sus excluyentes, no es posible el nacimiento de la responsabilidad en el hecho en concreto.

La responsabilidad penal es el estado subjetivo del individuo que resulta del concurso de los requisitos de la imputabilidad, siempre que no aparezcan en el hecho, motivos legítimos que excluyan necesariamente la existencia de la sanción; la Ley establece la responsabilidad sobre la base de que el individuo es el autor del hecho delictivo.

"La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme a responder de él".⁴⁷

La responsabilidad se fundamenta en el libre albedrío y determinación de la conducta humana, ya que para ser el individuo responsable debe poseer, al tiempo de la acción, discernimiento y conciencia de sus actos y gozar de la facultad de elección entre los diversos motivos de conducta presentado ante su espíritu, ha de poder elegir libremente, en forma voluntaria, por tanto la responsabilidad penal es consecutiva de la responsabilidad moral.

⁴⁷ Vid. Fernando Castellanos Tena. Op. cit. p.219.

CONCEPTO DE CULPABILIDAD.

En la teoría del delito si existe un tema que causa controversias doctrinales y teóricas, ésta es la culpabilidad ya que ha sido la protagonista que cambia en cada corriente, tanto de concepto como de contenido. "Cuando un edificio tiene sus cimientos mal contruidos el problema más arduo es el lograr que soporte los pisos que rematan la construcción. La culpabilidad es por estas razones, el más apasionante estrato de la Teoría del Delito"⁴⁸.

Se habla de que la culpabilidad "ha vivido tres momentos históricos"⁴⁹ nace con un criterio psicológico entre el hecho y el autor del mismo, conforme a la ideología en voga se transformó en el ámbito positivista, se concretó en la teoría del delito misma que dividía el delito en cuanto a la fases externa y la fase interna definidas por la llamada causalidad. La fase externa es conformada por la antijuridicidad y la fase interna por la culpabilidad; la relación de causalidad psíquica como el nexo que da como producto de la mente del sujeto el resultado. La relación psíquica entre el autor y el hecho se colma con el dolo y la culpa, en éste momento histórico de la culpabilidad el dolo y la culpa "son las dos clases o especies de la culpabilidad que constituye el genero".⁵⁰ El normativismo saca de la culpabilidad el dolo y la culpa colocándolos en el tipo, y colma la misma con la reprochabilidad.

Han surgido diversas corrientes tratando de explicar y conceptuar que es la culpabilidad entre ellas destacan las siguientes:

a) La Doctrina Psicológica dice que la culpabilidad haya su casa en la determinada situación de hecho predominantemente psicológica, la imputabilidad si es psicológica, pero la culpabilidad es VALORATIVA, su contenido es un juicio de reproche.

b) La Doctrina Normativa que explica que la culpabilidad es una valoración jurídica penal y no meramente ética, es un juicio valorativo (desvalioso).

⁴⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni. Op. cit. p. 543.

⁴⁹ Eduardo López Betancourt. Op. cit. p. 199.

⁵⁰ Ibid. p. 200.

"La culpabilidad es la reprochabilidad del injusto al autor, porque no se motivó la norma que le era exigible. Es cuando al autor le es reprochable una conducta típica y antijurídica porque no se motivó en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en que actuó, que se motivase en ella, por lo que muestra una disposición interna contraria al derecho".⁵¹

No hay pena si la conducta no le es reprochable al autor -*nullum crimen sine culpa*- ya que el hombre es un ente capaz de determinarse.

"Son requisitos generales de la culpabilidad, que al sujeto le haya sido exigible la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta y que las circunstancias en que actuó no le hayan reducido su ámbito de autodeterminación por debajo de un umbral mínimo. En éste sentido el autor es capaz, atendidas sus fuerzas psíquicas de motivarse de acuerdo a la norma -presupuesto del reproche la imputabilidad-; que en ésta situación, de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto".⁵²

La culpabilidad es un elemento básico del delito y es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto delictivo.

En relación a la "función" que desempeña la culpabilidad se deriva que siempre ha cumplido una función sistemática, por ser ingrediente esencial en la estructura del delito; es decir, se trata de un componente que junto a otros convierten a la acción en delictiva. Al concurrir en ésta función, necesariamente se convierte, al lado del injusto, también en presupuesto de punibilidad, ya sea como "fundamento" de la pena o como "límite" de ella. Como fundamento de la pena, la culpabilidad sirvió para justificar la teoría que veía el fin de la pena en la retribución, entendida ésta como imposición de un mal adecuado a la culpabilidad por el hecho antijurídico realizado. Como límite de la pena, en cambio, la culpabilidad sirve para limitar el poder de intervención estatal, en tanto que la culpabilidad es el "límite máximo de la pena".

En cuanto a las funciones de la culpabilidad, para quienes proponen sustituirla, ella tampoco puede constituir un fundamento racional de la punibilidad, al

⁵¹ Eugenio Raúl Zaffaroni. *Op. cit.* p. 543.

⁵² Hans Welzel. *Op. cit.* p. 170.

basarse en algo científicamente indemostrable; Los moderados, en cambio, ven la necesidad de su mantenimiento, si bien no como fundamento, sí como "límite" de la pena. De estas dos posturas, la segunda parece ser la más razonable, ya que es conveniente mantener el criterio de la culpabilidad como presupuesto y límite de la pena, lo cual constituye una garantía para los individuos en un Estado de derecho, y porque el derecho penal de culpabilidad es el que concibe al hombre como persona.

En la ciencia del derecho penal mexicano encontramos criterios que siguen el concepto puramente psicológico y otros que adoptan el concepto normativo con contenidos psicológico, es decir mixto, de culpabilidad, conforme a los cuales dolo y culpa son formas o elementos de culpabilidad, de suerte que la falta de ellos excluye a ésta. De acuerdo a dichas concepciones, en el artículo 8º del Código Penal, es donde se establece la distinción entre delitos dolosos y culposos, es ahí donde se encuentran señaladas las dos formas de la culpabilidad; de manera que, para hablar de la existencia de un delito, éste necesariamente tiene que haberse cometido o dolosamente o culposamente y, en consecuencia, culpablemente, de donde se deriva que la culpabilidad sí es un presupuesto de la punibilidad. Consecuentemente con esto, el artículo 9º del Código Penal, según el cual la "intencionalidad delictuosa" (dolo) se presume, también la culpabilidad dolosa.

Conforme a la teoría de la acción finalista, los artículos 8º y 9º del Código Penal se interpretarían de diferente manera en virtud de la diversa ubicación que le da al dolo en la estructura del delito.

Con las reformas que entraron en vigor en abril de 1984, la presunción de intencionalidad se excluye del Código Penal, por considerar que se trata de un principio que, con base en la interpretación anteriormente señalada, contravenía el de la culpabilidad y, consecuentemente transgredía un principio propio de un derecho penal de un estado de derecho. Con la regulación, por tanto, no se respetaba el principio de presunción de inocencia, que debe prevalecer en éste tipo de derecho penal. Al excluirse la presunción de intencionalidad y precisarse algunos contenidos conceptuales de la parte general del Código Penal, se afirma el criterio de que es el principio de culpabilidad el que debe prevalecer en el derecho penal mexicano como ya se establece de manera expresa en los proyectos del

Código Penal para el Distrito Federal de 1983, de Guerrero de 1984, de Quintana Roo de 1986, de Zacatecas de 1986 y en el Código Penal de Tlaxcala.

La concepción normativa por excelencia de la culpabilidad producto de las elaboraciones de la teoría de la acción finalista y del rechazo total tanto del naturalismo causalista como del naturalismo psicologista, fundamenta al juicio de reproche en la "posibilidad del autor de actuar de manera diferente", esto es, en la libertad para "motivarse de acuerdo a la norma". Conforme a ello, "el reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma, y esto no es un sentido abstracto de que algún hombre en vez del autor, sino que concretamente de que éste hombre habría podido en esa situación, estructurar una voluntad de acuerdo a la norma".⁵³ A ésta concepción se llegó después de un proceso de evolución que implicó librar una serie de batallas científicas con las diversas líneas de la llamada sistemática "causalista", que hasta los años treinta de éste siglo era totalmente dominante, lo que determinó naturalmente el rechazo por parte de los finalistas del concepto "causal" o "naturalístico" de acción, del concepto y estructura del tipo que de ello resultaba y, finalmente, del concepto y estructura de la culpabilidad mixta. En lugar del concepto causal, se sostiene ahora una "final" de acción; el tipo, que en la mayoría de los casos se estructuraba sólo de elementos objetivos, ahora es mixto, compuesto en todos los casos de elementos objetivos y subjetivos, y entre éstos se ubican el dolo y la culpa, resultando que ya a nivel del tipo puedan distinguirse los delitos dolosos de los culposos.

Como consecuencia de lo anterior, la culpabilidad queda desprovista del dolo y de la culpa, es decir, del objeto de valoración, y como componentes de ella se encuentran ahora: la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento o de conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad.

Resumiendo la culpabilidad según el finalismo, es el juicio de reproche que se formula al autor por no haber adaptado su conducta a la norma a pesar de que estaba en situación de hacerlo. Con la antijuridicidad concluye el juicio sobre el hecho; la culpabilidad constituye el juicio sobre el autor, en especial su proceso de

⁵³ *Ibid.*, p. 201.

motivación. "La inclusión de la finalidad en la acción y la del dolo en el tipo priva de todos sus elementos psicológicos a la culpabilidad sus componentes son ahora puros procesos de valoración; la imputabilidad constituye el juicio sobre la capacidad general de motivación del sujeto; de la posibilidad del conocimiento del injusto se extrae la conclusión de que el autor imputable podrá, también en el caso concreto conocer el carácter antijurídico de su hacer, por último, la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma pone de manifiesto que no concurren en favor del sujeto situación coactiva alguna".⁵⁴

El límite natural de la culpabilidad es el caso fortuito, mismo que trataremos más adelante de forma más extensa.

DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD Y CULPABILIDAD.

La confusión entre éstos términos tiene como ya lo vimos orígenes históricos ya que no es igual el significado que tenía la responsabilidad para los romanos que para los alemanes o para nosotros los mexicanos, esto debido a los cambios que experimenta la doctrina y la ley, ya que a un sólo término dependiendo del autor del concepto, se le pueden dar diversos contenidos.

El uso cotidiano de éstos conceptos como sinónimos aumenta la confusión, inclusive se menciona a la responsabilidad también como sinónimo de la capacidad de culpabilidad, por lo que en un esquema sencillo el profesor Villalobos en su libro "Derecho Penal Mexicano" nos explica la diferencia entre una y otras:

Antijuridicidad: Relación del hecho con el orden jurídico.

Culpabilidad: Relación del acto con el sujeto.

Capacidad de culpa: Es la calidad o estado de capacidad del sujeto.

Responsabilidad: Relación entre el sujeto y el Estado.

⁵⁴ Juan Córdoba Roda. Una Nueva Concepción del delito. la Doctrina Finalista. s/e. Ed. Ediciones Ariel Barcelona, España 1963. p. 49.

La responsabilidad resulta, entonces, una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obró culposamente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta.

Después de esto no puede confundirse la responsabilidad con la culpabilidad, ya que ésta última es uno de los elementos del delito, y la responsabilidad es en donde recae el contenido total del delito y está fuera de él, puesto que la penalidad es una consecuencia suya.

Pese a lo anterior, ambos conceptos guardan una relación innegable ya que no hay pena sin culpabilidad, por lo tanto para que en un precepto se considere que existe un tipo penal éste debe contener la descripción del delito, con todos sus elementos que como ya vimos son objetivos, subjetivos y normativos; y contar además en el mismo precepto o en otro relacionado en el mismo cuerpo legislativo una sanción al sujeto que lleve a cabo esa conducta típica, antijurídica y culpable.

La doctrina española le da a la responsabilidad el carácter de un estado concreto, al cual se llega cuando se han reunido todos los elementos necesarios para la existencia de un delito; que trae como consecuencia que el agente debe soportar la pena, por tanto la responsabilidad penal es la consecuencia del delito, a la cual se vincula la aplicación de la pena.

Tanta es la confusión de términos que Hanz Welzel prefiere utilizar "reproche de culpabilidad" para referirse a la responsabilidad penal.⁵⁵, pero nosotros preferimos seguir utilizando el término responsabilidad (después de haber analizado lo anterior), dada su trascendencia histórica y cultural.

La responsabilidad no es otra cosa que ese vínculo que se da entre el comportamiento, hecho o acto jurídico y su autor, a través del cual se imputan los primeros al segundo y por ello deberá de responderse ante la sociedad (como ente colectivo o particular concreto) o el Estado.⁵⁶

⁵⁵ Cfr. Hanz Welzel. *Op cit.* p. 152.

⁵⁶ Miguel Ángel Cortes Ibarra. *Derecho Penal*. 4a. ed., Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1992. p. 491.

ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD.

POSITIVOS.

Capacidad de culpabilidad.

La culpabilidad en la Teoría Finalista se apoya en un primer elemento, que es la imputabilidad del sujeto, o sea la capacidad de poder actuar de otra manera. "La imputabilidad es un elemento de culpabilidad, y no como piensa una corriente de penalistas causalistas, de que se trata de un presupuesto".⁵⁷, dado que la imputabilidad se funda en el libre albedrío.

En el sistema finalista, el imputable si puede obrar dolosa o culposamente, y su obrar puede ser injusto, pero no culpable, por estar imposibilitado de poder actuar de otra manera.

La imputabilidad para el finalismo es la capacidad del sujeto, atendiendo a sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma. Hanz Welzel dice que: "la culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello. La imputabilidad se integra con dos elementos:

- 1.- La capacidad de comprender lo injusto del hecho (momento cognoscitivo intelectual).
- 2.- La capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión (momento volitivo).⁵⁸

La capacidad de culpabilidad se forma, cuando el autor tiene comprensión de lo injusto (momento cognoscitivo) y determina su voluntad en ese sentido (momento volitivo); la capacidad de comprensión de lo injusto, se refiere a que al autor se le exige pueda conocer que su conducta transgredió normas sociales indispensables para la vida en común, no es necesario que conozca el hecho tipificado por la ley, sino se da esa comprensión, puede darse una causa de inculpabilidad.

⁵⁷ Vid Octavio Alberto Orellana Wiarco. Op. cit. p. 157.

⁵⁸ Ibid. p. 120.

La imputabilidad "es la capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión".⁵⁹

Para considerar a un sujeto capaz de cometer un delito debe cubrir las características tanto físicas como intelectuales.

"La imputabilidad es la capacidad de querer y entender, en el campo del derecho penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión"⁶⁰, debe contar con edad biológica y edad mental.

Sólo las personas que han alcanzado una determinada edad y no sufren de graves perturbaciones psíquicas, son quienes poseen aquel mínimo de capacidad de autodeterminación que el ordenamiento jurídico requiere para la responsabilidad jurídico penal.

Por lo tanto la capacidad de culpabilidad está orientada a considerar la edad y la madurez biológica del sujeto, así como la salud psíquico-mental que tiene el autor. ésto es, no se puede formar un concepto de culpabilidad hasta haber hecho un estudio de grado de madurez moral, fuerza de voluntad y desarrollo intelectual que ha alcanzado, y así analizar hasta que grado el individuo tiene comprensión de sus actos ilícitos. Dado lo anterior la capacidad de culpabilidad supone dos elementos:

- a) La razón clara, llamada también discernimiento, es el conocimiento exacto de la licitud o ilicitud de la propia conducta, falta cuando alguien no está en condiciones de apreciar el valor ético de sus propios actos como los que padecen de estados de embriaguez completa, los dementes y los niños.
- b) La voluntad libre, que es la facultad de autodeterminación del hombre en su conducta.

⁵⁹ Diccionario Jurídico Mexicano, V, Ed. Porrúa, S.A. de C.V., México 1985. p. 51.

⁶⁰ Eduardo López Betancourt. Op. cit. p. 170.

La capacidad de culpabilidad es "la libre determinación de la voluntad" comprende la capacidad del autor de comprender lo injusto del hecho y de decidirse de acuerdo con ésta comprensión.⁶¹

Conciencia de antijuridicidad.

La conciencia de antijuridicidad, también llamada posibilidad concreta de conocer el carácter ilícito del hecho realizado, se da cuando al momento de realizar la conducta antijurídica el sujeto tuvo conocimiento o al menos la posibilidad de conocer que lo que hacía era contrario al derecho.

El maestro Octavio Alberto Orellana Wiarco dice al respecto que: "es el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, la actualización de la comprensión y motivación del sujeto, en el hecho concreto, a la violación de la norma".⁶²

De acuerdo a Hanz Welzel los elementos de la reprochabilidad son substancialmente diferentes según se trate de una realización dolosa o culposa del tipo.

1.- En los delitos dolosos, el dolo es un elemento del tipo subjetivo; en la culpabilidad se examina la medida de la reprochabilidad personal del dolo y de los demás elementos subjetivos del tipo.

2.- En los delitos culposos hay que distinguir si el autor había previsto la posibilidad de la lesión o el peligro, típicos, del bien jurídico (culpa consciente), o había podido preverla (culpa inconsciente).

a) En la culpa consciente el reproche de culpabilidad se basa en que el autor ha confiado en que no se producirá el resultado, que consideraba posible, ni debiendo haber confiado en ello, dadas las circunstancias del caso que le eran conocidas.

b) En la culpa inconsciente el reproche de la culpabilidad se basa en que el autor, al emprender su acción, no ha previsto la posibilidad de la producción del resultado típico habiendo podido preverla.⁶³

⁶¹ Cfr. Hanz Welzel. Op. cit. p. 95.

Un hecho no es ya reprochable por que el autor conociera o pudiera conocer sus circunstancias que pertenecen al tipo, sino sólo si conociera, o podía conocer, también, su antijuridicidad.

Algunos autores proponen teorías en las que pretenden colmar la culpabilidad con el dolo (teoría del dolo) que comprenden no sólo la conciencia de los caracteres del tipo sino también la de la antijuridicidad. La conciencia de la antijuridicidad pertenece, por consiguiente, al dolo; si el autor no la tiene, su dolo queda excluido, aunque actúe con pleno conocimiento del tipo; ésta teoría desconoce que el hombre tiene la responsabilidad de la corrección de su decisión, en la medida de su capacidad de conocimiento ético-social. Por ello se le ha de reprochar su resolución de voluntad antijurídica no sólo cuando no conocía su antijuridicidad, sino también cuando podía conocerla; dicha teoría se basa en el principio del conocimiento, según el cual sólo le puede ser reprochado al hombre el contenido antijurídico de su decisión si conoce su antijuridicidad.

La conciencia de antijuridicidad no es algo que se le reproche al autor, sino sólo la razón por la que se le reprocha el dolo, al autor se le ha de reprochar el dolo en la medida en que hubiera podido actualizar la conciencia de la antijuridicidad y convertirla en un contramotivo determinante del sentido. La simple creencia subjetiva del autor de lo antijurídico de su actuar no debe liberarle de culpabilidad, ésta exigencia se basa en el principio de responsabilidad, según el cual el hombre es responsable de la juridicidad de sus decisiones, dentro de los límites de su capacidad de conocimiento ético-social.

El objeto del juicio de reproche de la culpabilidad es la resolución de voluntad antijurídica; cuando más fácil le es al autor la autodeterminación conforme al sentido es cuando conoce positivamente la antijuridicidad, con indiferencia de que sea consciente de ella en el momento del hecho o pueda actualizar en seguida su conocimiento, es cuando la culpabilidad reviste, la máxima gravedad; el autor encuentra mayores dificultades cuando conoce la antijuridicidad, pero podía

⁶² Vid. Octavio Alberto Orellana Wiarco. Op. cit. p. 121.

⁶³ Cfr. Hanz Welzel Op. cit. p. 101.

conocerla con un poco más de cuidado, en éste caso el reproche de culpabilidad es en menor medida ya que para conocer la antijuridicidad de su conducta, necesitaba hacer un examen más detenido de conciencia, reflexión o consulta.

El que el finalismo se adelante al estudio de la diferencia entre el dolo y la culpa en el tipo, no quiere decir que en la culpabilidad no se pueda ahondar aún más, ya que se vuelve a considerar y a distinguir la reprochabilidad en los delitos dolosos, en la medida en que el autor haya conocido la antijuridicidad del hecho o haya podido conocerla; sólo un error sobre una circunstancia del tipo abre paso a la culpa.

La falta de conciencia de la antijuridicidad no afecta, por consiguiente, al dolo y no da lugar tampoco a la culpa, el autor tiene que ser consciente de la contradicción de su conducta con el orden de la comunidad, en el cual se basa la prohibición jurídico-penal y que es puesta de manifiesto por ésta.

No es necesario, sin embargo, que el autor conociese o pudiese conocer el precepto jurídico mismo, o incluso la amenaza de la pena; la resolución de la voluntad antijurídica es reprochable sólo al autor en la medida en que éste podría conocer su antijuridicidad. En el caso de que el hecho sea antijurídico desde distintos puntos de vista, la cognoscibilidad debe referirse a cada uno de ellos. Al autor le puede ser reprochado el error sobre la antijuridicidad de su conducta en la medida en que podía cerciorarse de ella mediante la propia reflexión sobre los valores ético-sociales fundamentales de la vida cuando en esa comunidad tienen sanciones ético-sociales para esa conducta, de éste caso sólo se podrían exceptuar aquellos extranjeros a esa comunidad y por tanto ajenos a esas concepciones ético-sociales, siempre y cuando no les sea obligatorio conocerlos. En aquellos casos en que la norma penal sanciona conductas no consideradas así en los valores ético-sociales, es decir cuando sea necesaria una valoración jurídica para resolverse a no actuar, aquí no se le exigirá el conocimiento de la norma pero si su obligación de informarse debidamente de esa situación, pero en cambio aquel que posee los conocimientos jurídicos necesarios tiene que hacer uso de su capacidad de conocimiento y representación valorativa ética para formular un juicio sobre lo antijurídico de su conducta.

Se dice que las pautas de conducta individual, responden a la internalización de valoraciones a pautas sociales, dadas valoraciones pueden diferir de las pautas que establece el orden jurídico, aquí es donde nace el problema de la antijuridicidad, en la existencia del conflicto entre el imperativo de la norma y el de la ética individual para que pueda comprenderse la criminalidad de un acto que requiere antes que nada, que se sepa lo que se está haciendo (dolo) y, luego, que se pueda comprender la pauta de conducta jurídica que se valora con ese acto.⁶⁴

No será la falta de comprensión de la antijuridicidad lo que determine la ausencia de culpabilidad sino la exigibilidad de la comprensión al sujeto que no se motivó en la norma porque no la comprendió, lo que cabe averiguar es si tuvo la posibilidad exigible de comprenderla, la que se revelará a través del esfuerzo y para comprenderla deberá hacer, cuanto mayor sea el esfuerzo que la comprensión le demande menor será la reprochabilidad del injusto (menor su culpabilidad), y viceversa.

El error de prohibición vencible atenúa la reprochabilidad y por consiguiente la pena, esto se puede ver claramente en el artículo 15 en su fracción VIII del Código Penal para el Distrito Federal en su último párrafo que dice "Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este código".

No exigibilidad de otra conducta.

El tercer elemento de la culpabilidad, en el sistema finalista, se refiere a la exigibilidad de un comportamiento distinto al ejecutado por el sujeto, y que resultó típico y antijurídico. "El derecho exige comportamientos sujetos a patrones objetivos, aplicables al caso individual, así como el derecho está en su papel de exigir, dentro

⁶⁴ Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Op. cit. p. 92.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

de parámetros normales que el sujeto se comparte de tal modo que no viole la ley penal".⁶⁵

La exigibilidad de otra conducta se refiere a que en el caso concreto al sujeto le era exigible una conducta apoyada a derecho, y con tales elementos se materializa la culpabilidad, en el sistema finalista, la exigibilidad está presente en la capacidad de culpabilidad y en el conocimiento del injusto; la comprensión de la exigibilidad queda más clara al planteamos las causas de inexigibilidad de otra conducta que son según Hanz Welzel "situaciones extraordinarias de motivación"⁶⁶, en las cuales se encuentra fuertemente disminuida la posibilidad de motivación conforme a las normas y con él la culpabilidad, como por ejemplo ocurre en el caso de necesidad penal exculpante.

El maestro Eduardo López Betancourt dice que: "la no exigibilidad de otra conducta se da cuando el sujeto comete infracciones culpables, por una indulgente conducta de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta antisocial".⁶⁷

"Nadie está obligado a lo imposible, y únicamente cuando el sujeto del derecho penal pudo ajustar su comportamiento a la prescripción legal y sin embargo no lo hizo puede reprochársele su conducta";⁶⁸ de ésta forma la ley admite que pese a que el sujeto se le exige un deber jurídico, no se le puede pedir que cumpla con esos mandatos, por encontrarse en determinada situación extrema como puede ser el estado de necesidad excluyente, por lo que el sujeto prefiere realizar un hecho prohibido antes de sacrificar su vida o su integridad física.

El conocimiento de lo injusto no puede fundamentar todavía la reprochabilidad de la resolución de la voluntad; sólo puede hacerlo cuando el autor, en la situación concreta, podía adoptar su decisión de acuerdo con él. No se trata de si contaba o no con la capacidad de decisión, sino de la situación en concreto, es decir las posibilidades que tenía de autodeterminarse conforme a sentido en

⁶⁵ Vid. Octavio Alberto Orellana Wiarco. Op. cit. p. 159.

⁶⁶ Ibid. p. 126.

⁶⁷ Eduardo López Betancourt. Op. cit. p. 232.

⁶⁸ Octavio Alberto Orellana Wiarco. Op. cit. p. 130.

favor de la conducta jurídica, es decir si el autor debía y podía adoptar una resolución de voluntad conforme con el derecho.

En general, el derecho exige al autor imputable, que conoce la antijuridicidad de su decisión, que adopte su resolución de voluntad de acuerdo con éste posible conocimiento. En los delitos culposos, la exigibilidad depende de las circunstancias que rodean al caso en concreto, aquí se toman en cuenta estados de cansancio y excitación no culpables, que dificultan o impiden, incluso al autor inteligente, la observancia del cuidado objetivo y no le reprocha al autor la falta de observancia de dicho cuidado si actúa imprudentemente, de igual manera, no se le reprocha al autor la falta de observancia del cuidado debido, si el peligro del bien jurídico era tan remoto, que no se le podía exigir la omisión de la conducta imprudente en consideración de los grandes perjuicios que ésta omisión le hubiera ocasionado.

En los delitos dolosos la exigibilidad que se exige en menor medida al autor imputable, se refiere a que se decida en favor de una conducta jurídica dado que conocía lo injusto de su actuar.

Lo anterior basados en el principio universal de que nadie está obligado a lo imposible, y únicamente cuando el sujeto del Derecho Penal pudo ajustar su comportamiento a la prescripción legal y sin embargo no lo hizo puede reprochársele su conducta, se tiene que analizar si dadas las circunstancias en que el sujeto actuó, es racionalmente exigible a éste una conducta diversa a la que realizó, y consecuentemente, si pudo determinarse a actuar conforme a derecho, es decir si el sujeto tuvo otras alternativas de acción diferentes a la que realizó.

"Ya la determinación conceptual que la culpa impone nos aproxima al examen material del problema relativo a si el agente, al que se le reprocha la realización de un determinado hecho <<hubiera podido exigirsele >> otra conducta distinta a la llevada a cabo; puesto que como se ha visto el reproche a titulo de culpa proviene de un juicio individual de la situación concreta del hecho y del deber que de ella resulta para el autor".⁶⁶

Hanz Welzel dice al respecto que: "Existen razones para renunciar al reproche de la culpabilidad y en tal medida "exculparlo" y absolverlo de la pena. Al

⁶⁶ Luis Jiménez de Asúa. Op. cit. p. 275.

respecto se consideran situaciones extraordinarias de motivación, en las cuales se encuentra fuertemente disminuida la posibilidad de motivación conforme a la norma y con ello la culpabilidad⁷⁰, ésta situación se da cuando existe un peligro actual para la integridad corporal o la vida, tan considerable que limite la decisión personal libre del afectado, tiene que ser el último recurso, tiene que existir una proporcionalidad entre la gravedad de la lesión corporal inminente y la gravedad del injusto ejecutado para, evitarlo; la exculpación de un hecho punible grave presupone el peligro de un menoscabo corporal considerable.

El finalismo retomó el desarrollo de la "no exigibilidad" partiendo del supuesto que antes de considerarlo una fase negativa de la culpabilidad era preciso considerarlo en su aspecto positivo, de ahí que se colocó a la exigibilidad de otra conducta como tercer elemento de la culpabilidad, y a la no exigibilidad como su aspecto negativo, que de presentarse destruiría a la culpabilidad. La no exigibilidad de un comportamiento distinto en situaciones ya especificadas, no excluye la antijuridicidad, es decir el ordenamiento no justifica el hecho, por lo tanto se excluye la culpabilidad y así el hecho sigue siendo antijurídico pero su autor no es culpable.

NEGATIVOS.

Ya tratados los elementos positivos de la culpabilidad, mismos que son esenciales para que nazca la misma, es necesario tratar ahora los elementos negativos, que son aquellos que anulan cualquiera de los elementos de la culpabilidad, es decir, que impiden que se presente la capacidad de culpabilidad, la comprensión del injusto, o la exigibilidad de otra conducta ajustada a derecho; esto no quiere decir que sea un permiso para delinquir, simplemente el derecho no le puede exigir al sujeto que no haya hecho lo que hizo, que no haya cometido el injusto, caben las reparaciones civiles y sanciones administrativas, para tratar de restituir el bien, mismo que fue dañado en situaciones extremas, o bien en

⁷⁰ Vid. Hanz Welzel. Op. cit. p. 211.

condiciones en las que no le era exigible al sujeto la realización de una conducta aceptable socialmente por no tener la capacidad requerida al efecto.

Trastornos mentales transitorios.

La capacidad de culpabilidad es la capacidad que tiene el actor de un injusto penal para responder a la exigencia de que comprenda la antijuridicidad y que adecue su conducta a ésta comprensión.

La capacidad de reconocer el injusto y de obrar en consecuencia, presupone la integridad mental de una persona, que es la única que posibilita la existencia de una personalidad responsable. Cuando estas funciones mentales quedan eliminadas, también desaparece la capacidad de culpabilidad.

En términos generales tanto la teoría Causalista como la Finalista coinciden en las causas de inimputabilidad, la diferencia como ya lo analizamos es la ubicación de los causalistas de la imputabilidad como presupuesto de la inculpabilidad y los finalistas que la colocan como primer elemento de la culpabilidad.

"Por tanto como para tener capacidad es menester que el sujeto activo cuente con los elementos necesarios tanto intelectual como volitivo, por lo tanto cuando no se presente alguno surge una inimputabilidad para ser culpable, la cual se da en los siguientes casos:

- a) La minoría de edad, esto debido a la inmadurez mental y social que presume nuestra ley tiene el sujeto menor de 14 años (esto al menos en la legislación penal de los estados en estudio).
- b) La capacidad eventual, que va de los 14 a 18 años de edad, ya que a estos sujetos no se les considera delincuentes sino infractores, en México se les da a los menores un trato diferente al de los adultos y aún cuando el proceso es muy semejante, el de los menores infractores es mucho más benévolo y encaminado a la integración de éstos a su medio social.

c) Los sujetos con sordomudez siempre y cuando el sujeto carezca totalmente de instrucción; la sordomudez se comprendía como causa de inimputabilidad ya que el oído y la palabra son imprescindibles para el desarrollo del "patrimonio psíquico del hombre"⁷¹; considerando los estudios médicos y psicológicos de las personas con éste tipo de disfunción y dados los resultados, el legislador rechazó toda presunción de inferioridad psíquica de estos sujetos, suprimiendo ésta como causal de inimputabilidad; ésta causa de inimputabilidad persiste en legislaciones como la del Estado de México (Código Penal para el Estado de México artículo 17 fracción III), pero afortunadamente en casi el resto de los estados de la República Mexicana sus códigos tratan de ir a la par de los avances doctrinales.

Por último vamos a analizar a los trastornos mentales como causa de exclusión de la imputabilidad, ya que las causa que mencionamos anteriormente en la práctica no tienen trascendencia, dado que los menores de 18 años de edad no llegan ni siquiera a la misma Agencia del Ministerio Público que los adultos, e inmediatamente después de su detención son trasladados a la institución adecuada (Consejo de Menores).

La incapacidad de culpabilidad que se presenta en los estados mentales anormales como son: la perturbación de la conciencia, trastornos mentales transitorios de la conciencia, de corta o larga duración (desmayos, hipnosis, delirios de fiebre, etc.), la perturbación patológica de la actividad mental (psicosis), las debilidades mentales (oligofrenia, perturbaciones mentales de menor grado).⁷²

Suele hablarse de un trastorno mental transitorio completo (él que produce imputabilidad) y de otro incompleto (él que produce menor culpabilidad); un aspecto fundamental de la problemática del trastorno mental transitorio esta dado por ciertos estados emocionales que pueden perturbar la conciencia hasta provocar inimputabilidad y aún más profunda incapacidad para el delito, podemos mencionar el miedo, la intoxicación aguda por alcohol (que no llegue al coma) o enervantes, ciertos estados oníricos, las psicosis posteriores al parto, etc.

⁷¹ Francesco Antolisei. Manual de Derecho Penal. Parte General. 8a. ed. Ed. Temis. Bogotá-Colombia 1988. p. 451.

⁷² Vid. Eugenio Raúl Zaffaroni. Tratado de Derecho Penal. Parte General. T. IV. s/e. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1994. p. 109.

Luego entonces son causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad, todas aquellas capaces de anular o neutralizar ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para cometer delitos, siendo los siguientes:

a) Trastorno mental.- que consiste en la perturbación de las facultades psíquicas; para que un trastorno mental funcione como eximente, no sólo debe existir, también debe impedir al agente comprender el carácter ilícito del hecho realizado, o conducirse de acuerdo a esa comprensión, de la ley extraemos tres situaciones, también señaladas por el maestro Villalobos.

I.- Inconsciencia por el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes.- cuando por el empleo de una sustancia tóxica, se produce una intoxicación que provoca un estado de inconsciencia patológica, las acciones que en tal estado se ejecutan, no son propiamente del sujeto, sino puede decirse que le son ajenos, si la intoxicación ha sido provocada por el mismo sujeto de forma voluntaria y deliberada, para obtener un determinado resultado no funciona como eximente del delito (acción libre en su causa); y si no fuera deliberada si no imprudente, se estará en la posibilidad de una imputación culposa. Por lo tanto hablando de la embriaguez, sólo será excluyente del delito cuando sea plena, accidental e involuntaria.

II.- Inconsciencia motivada por tox infecciones, por el padecimiento de algunas enfermedades de tipo infeccioso o microbiano, a veces sobrevienen trastornos mentales como rabia, tifo, tifoidea, o poliomiélitis; en estos casos el enfermo llega a la inconsciencia, esto sólo puede ser determinado por especialistas; tomando en cuenta dictámenes médicos y psiquiátricos.

III.- Inconsciencia por trastornos mentales de carácter patológico, que son todas las perturbaciones pasajeras de las facultades psíquicas. El trastorno debe ser de carácter patológico y transitorio, esto por que la ley le da un tratamiento diverso a los actos de enajenados mentales permanentes⁷³.

b) Miedo grave.- Es resultado de procesos causales psicológicos, se engendra en la imaginación, el miedo puede producir inconsciencia o un verdadero automatismo; el

⁷³ Cit. por Fernando Castellanos Tena. Op. cit. p. 226.

miedo grave se puede dar en diversas intensidades y dependiendo del grado en que perturbe la conciencia, pero para ser considerado causa de inimputabilidad debe ser un miedo grave tan grave que provoque un estado de inconsciencia. Según Mira y López ⁷⁴ los niveles de miedo corresponden a seis fases:

- I.- Prudencia o retraimiento.- es un estado de inhibición producido por el miedo.
- II.- Concentración y cautela.- en ésta fase se disimula el miedo, pero los movimientos dejan de ser espontáneos aunque son controlados.
- III.- Aprehensión y alarma.- fase en que se está "asustado", en actitud de desconfianza, comenzando a perder el control de movimientos y repitiendo movimientos inútiles.
- IV.- Ansiedad y angustia.- el individuo "intenta ejecutar" nuevas acciones antes de finalizar las anteriores, los moldes psicomotores se desorganizan, la creciente excitación de los centros subcorticales y mesenfálicos es responsable de continuos movimientos obtusos, algunos de los cuales son insistentemente repetidos; el sujeto semeja a un autómatas, pero todavía es consciente y capaz de respuestas atinadas.
- V.- Pánico.- fase en la que la actividad consciente perturbada se interfiere con violenta rapidez, que impide cualquier función, incluso anímica.
- VI.- Terror.- ésta última etapa produce parálisis en el sujeto, si persiste el estímulo, se produciría la muerte.

En el miedo como causa de exclusión de la imputabilidad, no siempre los mismos estímulos pueden dar como resultado un trastorno mental transitorio, e inclusive a algunos sujetos les es exigible dada su preparación o entrenamiento evitar dicha incapacidad, claro ésto sin referirnos a sujetos con miedo no patológico, sino con estímulos reales y aquellos con alteraciones graves de la personalidad (fóbicos, histéricos), el límite del control del miedo no es igual para todos los sujetos, ya que hay objetos más temibles para unos que para otros.

Descartando las acciones libres en su causa los episodios de intoxicación aguda sea por embriaguez alcohólica o cualquier otro tóxico son causas de inimputabilidad, siempre y cuando perturbe la conciencia, para cuantificar dicha

⁷⁴ Cit. por Eugenio Raúl Zaffaroni. Op. cit. p. 135.

perturbación se tiene como uno de los criterios la memoria ya que no se puede tener un recuerdo exacto de los hechos si se encontraba en un estado de intoxicación suficiente para afectar su conciencia, para tal efecto los dictámenes médicos y psiquiátricos son de enorme valor para el juzgador.

Siendo más específico respecto a cuales son los estados mentales anormales que deban considerarse como excluyentes de la culpabilidad Hanz Welzel expresa los siguientes:

"1.- La perturbación de la conciencia: trastornos transitorios de la conciencia de corta o larga duración, sean de naturaleza fisiológica o patológica (somnia, desmayo, hipnosis, delirios de fiebre y otros).

2.- La perturbación patológica de la actividad mental: a ella corresponden todas la enfermedades mentales propias (psicosis media).

3.- Las debilidades mentales (oligofrenia), esto es la imbecilidad y la debilidad, y en general perturbaciones mentales patológicas de grado menor".⁷⁵

Nuestra legislación no exige que el trastorno, es decir la perturbación de la conciencia, en el momento del hecho sea "permanente" o que tenga un determinado origen, sólo valora la capacidad psíquica del sujeto al momento de realizar la conducta.

El error.

El desconocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, la deficiente comprensión del injusto o la inconsciencia de la antijuridicidad, son causados por el llamado error de prohibición, que es el elemento negativo de la conciencia de la antijuridicidad.

"El error de hecho y el error de derecho no pueden identificarse con el error de tipo o con el error de prohibición, mismos que manejaban los causalistas".⁷⁶

⁷⁵Hanz Welzel. Op. cit. p. 184.

⁷⁶ Ibid. p. 115.

El llamado error sobre el tipo es el error sobre una circunstancia objetiva del tipo penal, excluye el dolo. El autor puede ser castigado como responsable del hecho culposo siempre y cuando el tipo penal lo contemple como probable (hay tipos penales que no admiten la culpa). El error de prohibición es el error de la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (por consiguiente con dolo), es donde el autor sabe lo que hace, pero cree de manera errónea que le es permitido; esto debido a que no conoce la norma jurídica, no la conoce bien o la interpreta mal, o supone que su conducta es amparada por una causa de justificación.

La distinción entre uno y otro error plantea dificultades pero en concreto el error sobre el tipo es el desconocimiento de una circunstancia objetiva perteneciente al tipo tanto si es de índole descriptiva como normativa, no sólo es un error sobre hechos sino también sobre consideraciones socio-culturales de algunos términos usados por el legislador en el tipo penal.

Eugenio Raúl Zaffaroni dice al respecto: "Se denomina error de prohibición al que impide la comprensión del carácter y entidad del injusto del acto solamente. No todo error que impida la comprensión del carácter injusto del hecho, es un error de prohibición, por ejemplo el error de tipo también impide la comprensión de la antijuridicidad; por tanto el error de prohibición es el que afecta la comprensión de la antijuridicidad, sin afectar el conocimiento de los elementos del tipo objetivo".⁷⁷

La diferencia entre el error de tipo y de prohibición es que en el primero el sujeto "cree que hace otra cosa", en tanto que en el segundo el sujeto "sabe lo que hace", pero no puede motivarse de acuerdo a la norma por que carece de los elementos que posibilitan su comprensión. La culpabilidad requiere la comprensión total de la antijuridicidad ya que cuando por error invencible, al autor no pueda exigírsele la comprensión de que su injusto tenía entidad penal, por más que comprendiera su simple antijuridicidad, no habrá culpabilidad. Del mismo modo, cuando alguien sólo pudo comprender la antijuridicidad correspondiente a un injusto

⁷⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni. Op. cit. p. 184.

penal de menor entidad también incurrirá en un error invencible de prohibición, sólo que no tendrá por efecto eliminar la culpabilidad, sino únicamente disminuirla.

El error de prohibición es el que impide solamente la comprensión del carácter y entidad del injusto del acto, es semejante al error de tipo en que éste último también impide esa comprensión, pero se diferencia del mismo en que no afecta para nada la tipicidad. Se parece al error sobre una situación objetiva de inculpabilidad en que también elimina la culpabilidad, pero éste último lo hace sin impedir la comprensión de la antijuridicidad, sino porque limita el ámbito de autodeterminación.

No obstante, los defectos del conocimiento hasta cierto punto pueden subsanarse por medio de reflexión e indagación. La conciencia jurídica obliga a esforzarse en ese sentido, en la medida determinada por la sociedad. Si empleando el esfuerzo que se puede exigir, desde éste punto de vista el defecto del conocimiento es evitable para un miembro de la comunidad, el error es culpable. En éste caso, el hecho sigue siendo punible, pero de manera atenuada por la ausencia de conocimiento que no se podía evitar, se excluye la culpabilidad, y no ha lugar a la pena, que como ya vimos sólo se aplica al delito que existe con todos sus elementos.⁷⁸

"El error se distingue de la ignorancia, en que ésta es falta de conocimiento, o mejor, falta absoluta de conocimiento respecto de un objeto; como tal, la ignorancia tiene carácter negativo, al paso que el error implica cierto convencimiento, todo error supone indudablemente la ignorancia de algo, pues de lo contrario no se daría él, en cambio puede haber ignorancia sin error, por lo demás la ignorancia que interesa al derecho es la que determina un error, puede aceptarse la opinión común que considera equivalentes estos dos términos".⁷⁹

El error de prohibición se presenta en varias formas, en primer término nos ocuparemos de los errores de prohibición que recaen sobre el carácter antijurídico

⁷⁸ Cfr. Richard Busch. Modernas Transformaciones de la Teoría del Delito. s/e. Ed. Temis, Bogotá 1969, p. 41.

⁷⁹ Francesco Antolisei. Op. cit. p. 287.

en sí mismo, es decir, determinan una inexigibilidad de la comprensión del "estar prohibido" mismo que puede ser un error directo o indirecto.

El error directo es aquel que recae sobre la norma misma; puede darse cuando el actor conoce la norma, pero desconoce que su conducta choca con ella, por efecto de un error en la interpretación de la norma, o bien en los llamados errores de validez, en que el sujeto conoce la norma, pero cree que no es válida, porque choca con otra norma de superior jerarquía; ambos casos se refieren a la afectación de la comprensión de la norma prohibitiva por desconocimiento de su existencia, de su validez o de su alcance.

En tanto al error indirecto de prohibición es aquel que consiste en la falsa creencia de que existe una tipicidad permisiva en el caso en concreto; es el que determina la falsa convicción de que opera en el caso una causa de justificación y supone dos hipótesis, primero la falsa suposición de que existe una causa de justificación que la ley no reconoce y en segundo lugar la falsa suposición de circunstancia que hace a una situación objetiva de justificación.

Hasta aquí llegan las hipótesis del error sobre el carácter antijurídico en sí mismo y pasamos a los errores de prohibición sobre la relevancia penal del injusto. aquí el sujeto tiene el conocimiento de que se trata de un injusto, pero acompañado de la falsa creencia de que no tiene relevancia penal, o pasara también como un error de prohibición que elimina la culpabilidad. Todos los errores de los que hemos tratado eliminan la culpabilidad siempre y cuando sean invencibles.

Según Luis Jiménez de Asúa "los requisitos del error son:

- * La buena fe.
- * La invencibilidad
- * Lo esencial del error en la conducta realizada.
- * Que no sea causado el error por negligencia".⁸⁰

El error de tipo puede recaer sobre los distintos elementos del tipo penal, como son:

1.- El error sobre el objeto de la acción; la causalidad de la persona determina la comisión de un tipo distinto (homicidio-parricidio).

⁸⁰ Vid. Luis Jiménez de Asúa. Op. cit. p. 258.

- 2.- El error sobre la relación de causalidad; el resultado se produce de un modo totalmente desconectado de la acción del autor.
- 3.- El error en el golpe, el autor desea cometer un ilícito en contra de alguien en especial al momento del hecho delictuoso por un error daña a otro sujeto.
- 4.- *Aberratio Ictus*; el autor cree consumado su delito, cuando en realidad éste se produce por una circunstancia posterior.
- 5.- El error sobre los elementos accidentales determina la no apreciación de circunstancias agravantes o atenuantes en su caso.

Hanz Welzel al respecto del error de tipo y de prohibición dice "... que son conceptos que no han sido fácil de distinguir, y que ello ha contribuido la teoría del error del sistema causalista ya que el error de hecho y de derecho pueden descartarse y suplirse con el error de tipo, que no sólo abarca hechos, también contempla conceptos normativos..."; se habla de error de prohibición mismo que recae sobre la antijuridicidad del hecho real (cuando se cree amparado por una circunstancia); en el sistema finalista si éste error es vencible, puede dar lugar únicamente a atenuar la culpabilidad.⁸¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto da el criterio siguiente: *"ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO O ERROR DE PERMISIÓN. El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad, tanto el error de tipo como el llamado "error de prohibición indirecto" o "error de permisión", hipótesis que requiere en el error de carácter del invencible pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad. En ambos errores el agente carece del conocimiento de que el hecho ejecutado, guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal, bien por que dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo, o por que el mismo verse, sobre el carácter ilícito del propio hecho pues en el error de prohibición indirecto o error de permisión, el sujeto cree no quedar comprendido en la fracción punible al calificar subjetivamente como lícito su propio actuar, no obstante que su proceder es objetivamente contrario a la ley, generando el vencible error, el reproche al autor por su conducta típica y antijurídica.*

⁸¹ Cit. por. Octavio Alberto Orellana Wiarco. *Op. cit.* p. 124.

En el caso particular considerado, no opera en favor del quejoso la excluyente de responsabilidad mencionada, por no haber ignorado que los tres envoltorios que le fueron recogidos al momento de su detención contenían marihuana y tan es así que antes de efectuar ésta la había proporcionando a su coacusado por parte del estupefaciente que inicialmente poseía, la cual demuestra la inexistencia de ambas clases de error”.

Séptima Época:

Amparo directo 2769/84. Enrique Enríquez Rojas. 27 de Septiembre de 1984 cinco votos.

Amparo directo 7571/84. Amado Hernández Terán. 10 de Enero de 1985 unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 5744/84. Pascal Maurice Pannier. 17 de enero de 1985 cinco votos.

Amparo directo 227/85. Jesús Díaz Ruiz y otro. 12 de Junio de 1985 cinco votos

Amparo directo 947/86. Jovito Pantoja Aragón. 6 de Octubre de 1986 cinco votos.

El estado de necesidad exculpante.

Actúa sin culpabilidad quien comete una acción típica y antijurídica para apartar de sí o de una persona cercana a él, un peligro que amenaze la vida, la integridad corporal o la libertad, en la medida que no le sea exigible asumir dicho peligro.

Es el caso más importante de la no exigibilidad de la conducta jurídica (a pesar de la imputabilidad y el conocimiento de lo injusto). "Concorre cuando estando en peligro el cuerpo y la vida del autor o de un pariente suyo, sin culpa alguna por su parte, pueden ser sólo salvados por aquel mediante la cesión de intereses ajenos tutelados por el Derecho Penal, sin que su acción pudiese estar justificadas por el principio jurídico general del medio adecuado para el fin reconocido por el derecho".⁵²

⁵² Vid. Hanz Welzel. Op. cit. p. 167.

Se trata de la lesión de bienes jurídicos que no pueden ser utilizados nunca como medios, ni siquiera para la salvación del cuerpo y la vida, especialmente de atentados graves contra terceras personas. Nuestro prójimo no puede ser tratado nunca como una simple cosa, sino que tiene que ser tratado como un fin en sí mismo (Kant). El derecho no puede justificar, por ello, los atentados graves a la integridad corporal o la vida de terceros como medio para la salvación de la vida, sino que puede solamente disculparlos; por que al autor, que se encuentra en la situación de necesidad, no puede serle exigida una conducta antijurídica en atención a la debilidad humana.

"El estado de necesidad exculpante debe reunir dos requisitos:

a) La situación de peligro.- Sólo es posible la invocación del estado de necesidad exculpante cuando la tolerancia de la situación de peligro desencadenante de la colisión no sea exigible al autor.

El origen del peligro inminente no es importante en tanto que la situación del estado de necesidad puede ser consecuencia de acontecimientos de la naturaleza o de disposiciones de la autoridad; pero las características esenciales que debe cubrir el peligro son las que da la ley: real, actual o inminente y grave.

b) La acción de socorro.- El autor debe actuar por una voluntad de socorro sin que su intención sea simplemente dañar, y sin disponer de posibilidades y si éstas existen que el sujeto haya elegido la que lesione bienes jurídicos menos relevantes, es decir, que utilice el medio menos lesivo y no el más sencillo y cómodo para el autor del estado de necesidad".⁸³

Por tanto el estado de necesidad cubre las acciones, que sólo se presentan como solución ante una situación sin salida, desde una perspectiva ético-individual, no así desde un punto de vista jurídico, y en realidad destruye el mismo bien a rescatar.

De acuerdo a ésto y basados en la fracción IX de nuestro Código Penal para el Distrito Federal que dice: "El delito se excluye cuando...IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó en virtud de

no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o..."; decae la culpabilidad del sujeto por el hecho de una conducta antijurídica que tuviera por objeto evitar un peligro actual para la vida, la libertad o la integridad corporal del autor o de todas aquellas personas cercanas, cuando dicha acción era cometida en el marco de un estado de necesidad exculpante no provocado.⁸⁴

Creemos necesario hacer la distinción entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante: pues bien la diferencia radica dogmáticamente en tanto al valor de los bienes en juego, en el estado de necesidad justificante los bienes en colisión son de desigual valor y el bien salvado es el de mayor entidad que el bien sacrificado; el estado de necesidad exculpante requiere de bienes jurídicos en colisión de igual valor y el sujeto sacrifica uno de ellos, para salvar el otro; lo anterior se encuentra fundamentado al realizar la comparación de las fracciones V (justificante) que dice: "El delito se excluye cuando: ..V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;..."; y el estado de necesidad exculpante en la fracción IX del mismo artículo 15, en tanto a la redacción se diferencian en que en el primero (justificante), el legislador da una opción concisa de excluyente, en tanto al segundo (exculpante), se deja a la consideración del juzgador, por las innumerables situaciones concretas que se pueden dar.

El estado de necesidad justificante excluye en tanto a los elementos a la antijuridicidad, un elemento del delito; pero en el estado de necesidad exculpante se elimina una de las partes de la culpabilidad (otro elemento del delito), no la culpabilidad,

⁸³ Reinhart Maurach. Derecho Penal. Parte General. 7a. ed. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires 1995. T I . p. 568.

⁸⁴ Cfr. Idem.

EL CASO FORTUITO.

El caso fortuito en la doctrina está considerado como el límite de la culpabilidad, empieza donde termina la culpa, el sujeto causa materialmente el daño, actuando sin imprudencia, ni negligencia; en la imprevisibilidad del evento dañoso, está el criterio para determinar la noción del caso fortuito, el resultado es humanamente imprevisible e inevitable. El agente contribuye materialmente a la producción del resultado sin participación subjetiva.

El caso fortuito, como excluyente del delito, se da en el marco legal si aún cuando la conducta del sujeto activo es lícita; cuidadosa y precavida surge el resultado previsto en la ley como típico.

La conducta y el resultado que se verifican no son atribuibles al sujeto, ni a título de dolo ni a título de culpa, habida cuenta de que el agente no se proponía realizar una conducta típica ni actuar en forma negligente o imprudente, en consecuencia, el evento viene a ser un mero accidente, un hecho extraño a la voluntad y al cuidado del sujeto de la conducta.

Fernando Castellanos Tena (no olvidemos que en cuanto a conceptos tanto causalistas como finalistas opinan lo mismo del caso fortuito); Dice que: "en el caso de referencia la conducta nada tiene de culpable; se trata de un hecho en que no es previsible el resultado. El Estado no puede exigir la previsión de lo humanamente imprevisible, por ello se ha expresado que es el que marca el límite o la frontera con la culpabilidad".⁸⁵

En el caso fortuito el resultado se da por que se reúnen dos elementos la conducta del agente que es precavida y lícita y una fuerza ajena a él, de una parte ese actuar voluntario y de otro una con causa que se une a la conducta, de esa unión surge el evento, por lo anterior el caso fortuito limita a la culpabilidad, si es una conducta cautelosa y absolutamente lícita, pero se une a ella una con causa extraña y por ello se produce el resultado coincidente con la descripción legal de un delito, no puede atribuírsele al sujeto por que no lo quiso, ni omitió deber de cuidado alguno o diligencia; de cierta manera se compara a la llamada culpa inconsciente ya

⁸⁵ Fernando Castellanos Tena. Op. cit. p. 254.

que no hay previsión del resultado delictivo, salvo que en la primera debe preverse por existir esa posibilidad, en cambio en el caso fortuito el sujeto no tiene el deber de prever lo humanamente imprevisible.

Dice Francesco Antolisei "el caso fortuito se produce cuando ningún reproche, ni siquiera de simple ligereza, se puede dirigir contra el autor del hecho".⁸⁶

⁸⁶ Francesco Antolisei. Op. cit. p. 269.

**LA LEGISLACIÓN PENAL SUSTANTIVA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE
MÉXICO.**

**ESTUDIO COMPARATIVO DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO PENAL PARA
EL DISTRITO FEDERAL Y LOS ARTÍCULOS 16 Y 17 DEL CÓDIGO PENAL PARA
EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO.**

1.- **ACCIÓN.**- En tanto a éste elemento del delito, nuestro estudio abarca las siguientes fracciones:

CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL ARTÍCULO 15 FRACCIÓN I: "El delito se excluye cuando: ...El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente".

De acuerdo a nuestro criterio ésta excluyente tiene una buena redacción ya que abarca todas las posibles causas que dejan a un sujeto sin voluntad, pero consideramos pudiera ser más específica para evitar que ésta excluyente quede al libre arbitrio del juzgador, pudiendo quedar colmada nombrando tres hipótesis:

- a) Fuerza física irresistible;
- b) Movimientos reflejos;
- c) Estados de inconsciencia, exceptuando las acciones libreae in causa.

CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, ARTÍCULO 16 FRACCIÓN I: "Son causas excluyentes de responsabilidad: ...Obrar el inculpado por una fuerza física exterior irresistible"

Esta fracción sólo contempla una de las tres hipótesis mencionadas por tanto consideramos es incompleta.

2.- TIPICIDAD.- Por lo que hace a éste elemento del delito el cambio más importante que proponemos se refiere a la introducción de la atipicidad y la distinción entre los tipos de error.

CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL ARTÍCULO 16 FRACCIÓN II:

"El delito se excluye cuando: ...Falte alguno de los elementos del tipo penal del que se trate"

Ésta excluyente del elemento tipicidad del delito es una hipótesis abierta, pero no a la consideración del juzgador, sino a los requisitos objetivos, subjetivos y normativos de cada descripción legal de un delito. Cabe mencionar que existe ninguna de hipótesis semejante a ésta, en el Código Penal del Estado de México.

CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, ARTÍCULO 16 FRACCIÓN VI: "Son causas excluyentes de responsabilidad:Obrar por error substancial de hecho que no derive de culpa."

Hacemos mención de que la Legislación Penal del Estado de México, no contempla al error de tipo como excluyente, sólo habla del error de

hecho (el único válido como excluyente al decir de los causalistas).

CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL ARTÍCULO 15 FRACCIÓN VIII: "El delito se excluye cuando: ...Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, sobre algunos de los elementos esenciales que integran el tipo penal."

El error de prohibición lo contempla éste Código en el mismo artículo y fracción en su inciso B, pero de acuerdo a los antecedentes que ya planteamos éste debiera ubicarse en una parte posterior del artículo, pero sería incorrecto separar ambos errores en la redacción final, por lo que lo hacemos sólo con fines de análisis.

Hemos de señalar que sólo se contemplan como excluyentes del delito los errores cuando se trata de errores invencibles, dado que cuando son vencibles su función es de atenuantes, ya que se sanciona de acuerdo al artículo 66 del mismo ordenamiento, que refiere: " ... se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. ... "; en tanto a las dificultades técnicas de propuesta, una de ellas sería ubicar en algún lugar ésta atenuación, con una correcta redacción en el Estado de México.

3.- ANTIJURIDICIDAD.- Como elemento negativo de la antijuridicidad encontramos las causas justificantes en las que el consentimiento tiene especial importancia.

CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL ARTÍCULO 15 FRACCIÓN III: "El delito se excluye cuando: ...se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo."

Es en ésta fracción de la legislación del Distrito Federal donde encontramos el consentimiento con sus respectivos requisitos y mismo que no existe en el Código Penal para el Estado de México.

CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL ARTÍCULO 15 FRACCIÓN IV: "El delito se excluye cuando: ...Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar sin derecho, al hogar del gente, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o

bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión."

CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, ARTÍCULO 16 FRACCIÓN II: "Son causas excluyentes de responsabilidad: ...Obrar el inculpado en defensa de su persona, de sus bienes, o de la persona o bienes de otro repeliendo una agresión ilegítima imprevista, inevitable, violenta, actual e inminente, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para repelerla y no haya provocación por parte del que se defiende o de aquel a quien se defendiere o que en el caso de haber habido provocación por parte del tercero la ignore el defensor.

Se presumirá que existe la excluyente a que se refiere el párrafo anterior respecto del daño que se cause a un intruso en el momento de verificar el escalamiento de cercados, paredes, o al fracturar las entradas de una casa, departamento habitado o sus dependencias o a quien se sorprenda dentro de la casa habitación o lugar propio o de sus dependencias en circunstancias que revelen peligrosidad o la posibilidad de una agresión."

La redacción de ambos fracciones es similar pero tiene pequeñas diferencias que pueden provocar discrepancias, en el Distrito Federal en cuanto a los adjetivos de tiempo actual e inminente se utiliza la disyunción "o" y en el Estado de México se utiliza la conjunción "e", es un cambio que se debe hacer por razones de redacción, el resto de la fracción sólo sufrirá cambios para hacerla más concreta y simple, nada substancial.

CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL ARTÍCULO 15 FRACCIÓN V: "El delito se excluye cuando: ...Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien

jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual e inminente, no ocasionando dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo."

CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, ARTÍCULO 16 FRACCIÓN III: "Son causas excluyentes de responsabilidad: ...El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, grave, actual e inminente, sacrificando otro bien jurídico igual o menor siempre que dicho peligro no hubiere sido causado por el necesitado, ésta causa no beneficia a quien tenga el bien jurídico de sufrir el peligro."

La redacción de ambos artículos es muy similar en tanto a lo que se refiere a los requisitos del Estado de Necesidad, ya que tiene los elementos ya mencionados, salvo que en el Distrito Federal se exige que el peligro no sea evitable por otros medios, además de la circunstancia de que en el Estado de México se agrega un párrafo que hace referencia a una excluyente del elemento conducta (ésta para algunos doctrinarios), cuando habla de "El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor, circunstancias que se contemplan en las probables hipótesis de la fracción primera del artículo 15 de la ley penal del Distrito Federal.; e

inclusive la Suprema Corte de Justicia los reconoce como excluyentes del delito el medio grave o temor fundado en la tesis que dice:

"MIEDO GRAVE O TEMOR FUNDADO, CONCEPTO DE. El medio grave o el temor fundado sólo excluye el carácter delictuoso del resultado objetivo, cuando el agente ejecuta los hechos ilícitos bajo un estado psicológico que nulifica su capacidad de entender y querer tanto la acción como el resultado".

Sexta Época:

Amparo directo 1234/60. Teófilo Hurtado Yocupicio. 1º de Julio de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 4532/60. Luis Cortés Ramírez. 23 de Septiembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 367/60. Leonardo Morga León. 5 de Octubre de 1960. cinco votos

Amparo directo 4744/60. Abel Morales Montes de Oca. 5 de Octubre de 1960. cinco votos.

Amparo directo 6907/60. Pedro Cardona Rangel. 2 de diciembre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL ARTÍCULO 15 FRACCIÓN VI: "El delito se excluye cuando: ...La acción o la omisión se realicen en, cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que éste último no se realiza con el sólo propósito de perjudicar a otro".

CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, ARTÍCULO 16 FRACCIÓN IV: "Son causas excluyente de responsabilidad: ...Obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho consignado por la ley. Esta causa no beneficia a quien ejerza el derecho con el sólo propósito de perjudicar a otro".

La única diferencia entre estos diversos es que en el Estado de México no se hace mención de la racionalidad de los medios empleados para cumplir el deber o ejercer el derecho.

4.- CULPABILIDAD.- El último elemento del delito encuentra sus elementos negativos en los trastornos mentales transitorios o causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad, el error de prohibición y el estado de necesidad *exculpante*, y como límite de la culpabilidad encontramos el caso fortuito.

CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL ARTÍCULO 15 FRACCIÓN VII: "El delito se excluye cuando: ...Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o fuera previsible.

Quando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre disminuida, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de esta código"

CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, ARTÍCULO 17: "Son causas de inimputabilidad: ...

- I.- La alienación o trastorno permanente de la persona;
- II.- El trastorno transitorio de la personalidad producido accidental o involuntariamente,
- III.- La sordomudez cuando el sujeto carezca totalmente de instrucción.

En casos de la fracción primera y segunda de éste artículo, solamente habrá inimputabilidad cuando la alienación o trastorno hayan privado al sujeto del dominio necesario sobre su conducta para mantenerla dentro de las normas legales que castiguen la acción u omisión realizada".

En éste último artículo las causas

de inimputabilidad título que consideramos incorrecto, por ser la inimputabilidad parte de la culpabilidad y no un presupuesto del delito; en el Estado de México van más allá de lo que compete al Derecho Penal, ya que no son sujetos punibles quienes sufren trastornos permanentes, y si lo son los sordomudos, salvo que sea tal su disminución física que se les considere incapaces, en cuyo caso no serían sujetos del Derecho Penal.

Las distinciones entre éste artículo y la fracción transcrita del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal (aún eliminados los anteriores sujetos), son importantes ya que en el Estado de México no se prevé a los que padecen un desarrollo intelectual retardado como excluidos del delito, ni aquellos que se provocan el trastorno, ni de la sanción disminuida para estos casos.

CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL ARTÍCULO 15 FRACCIÓN VIII INCISO B: "El delito se excluye cuando: ...Se realice la acción u omisión bajo un error invencible: ... Respecto de la licitud de su conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta..."

En el Estado de México no hay, como ya lo vimos, una fracción similar por lo que su introducción sería muy atinada.

CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL ARTÍCULO 15 FRACCIÓN V: "El delito se excluye cuando: ...Atentas a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o...";

Por lo que se refiere al caso fortuito, sin dolo ni culpa en ambos códigos lo encontramos aunque con distinta redacción como excluyente del delito.

CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL ARTÍCULO 15 FRACCIÓN X: "El delito se excluye cuando: ... el resultado típico se produce por caso fortuito."

CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, ARTÍCULO 16 FRACCIÓN V: "Son causas excluyentes de responsabilidad: ... obrar causando un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas"

Consideramos que en cuanto a diferenciar una fracción de otra podríamos decir que la primera la de la legislación penal del Distrito Federal es la denominación y la segunda fracción la del Código Penal del Estado de México el contenido.

**PROPUESTA DE REFORMA A LOS ARTÍCULOS 16 Y 17 DEL CÓDIGO PENAL
PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO.**

Artículo 16. El delito se excluye cuando:

Bajo el rubro de causas de exclusión del delito se sugiere en éste artículo 16 una modificación a las actualmente llamadas "causas excluyentes de la responsabilidad:", para que observando un orden distinto en atención a la naturaleza que cada una de ellas tiene, y agregando otras causas no previstas por la actual legislación, la misma se actualice. En base a ello, se propone como contenido del artículo 16 aquellas causas que se refieren a la ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación e inculpabilidad precisándose la fórmula, requisitos y alcances de cada uno de ellos. Y atendiendo el principio de legalidad, se propone agregar como nuevas causas de exclusión del delito:

- a) La ausencia de alguno de los elementos del tipo;
 - b) El consentimiento del titular del bien jurídico
- y:
- c) El estado de necesidad exculpante.

Proponemos que el nuevo orden de las excluyentes atienda a la naturaleza

de cada una de ellas en la construcción dogmática del delito, facilitando la interpretación y aplicación de la ley.

En tanto al rubro se propone que a las actualmente llamadas "causas excluyentes de la responsabilidad" sean denominadas "causas de exclusión del delito" por tratarse de una expresión más técnica que como ya mencionamos hace referencia a cada uno de los elementos del delito. Ciertamente el término responsabilidad ha sido objeto de consideraciones críticas por ser complejo, es decir, por que no tiene un contenido preciso en nuestra legislación, ni en la ley fundamental, como tampoco en la ley secundaria; en ocasiones se le utiliza como el término que abarca todos los presupuestos de la pena y en otras como culpabilidad.

Con ésta propuesta del diverso 16 del Código Penal del Estado de México, se pretende precisar el contenido del término responsabilidad ya que en el mencionado, sólo es utilizado para hacer referencia a la "culpabilidad" del sujeto, de donde se desprende que esa expresión resulta inadecuada para explicar los contenidos del mismo precepto.

Por razón de lo anterior consideramos pertinente la sustitución del actual rubro por el de "causas de exclusión del delito", ya que la función de cada una de las fracciones que proponemos ocupen éste artículo 16 es precisamente la exclusión de algunos de los elementos del delito.

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente, sea por que el sujeto obra por una fuerza física exterior e irresistible, por movimientos corporales reflejos, cuando el sujeto se encuentre en estado de inconsciencia o en circunstancias similares, previa certificación médica;

La primera fracción se reforma adicionando casos específicos en donde el sujeto actúa sin voluntad.

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

La segunda fracción introduce la ausencia de elementos del tipo como excluyente del delito, ésta innovación es de igual manera para poner de acorde éste Código Penal con nuestra Constitución Política.

III.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal.
- b) Respecto la licitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 67 de éste código (con su respectiva modificación).

La tercera fracción contempla tanto el error de prohibición como el error de tipo, actualmente contemplado en la fracción VI del Código de referencia y el cambio a ésta fracción obedece al orden lógico que buscamos obtener con nuestra propuesta. Consideramos de igual manera necesario el que se deba introducir también la atenuación de la pena en el caso de error vencible en un artículo en el apartado correspondiente.

IV.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que llene los siguientes requisitos:

a)Que el bien jurídico sea disponible,

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

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

En la cuarta fracción se propone la introducción de una excluyente novedosa tanto para el Estado de México como en general para nuestro país, ya que fue hasta el año de 1980 que el estado de Veracruz incluyó el

consentimiento del ofendido en su Código Penal, y aún cuando ya se contempla en otros Estados de la República, la ubicación del mismo es la que ha causado controversias doctrinales, consideramos al respecto que es una excluyente de la antijuridicidad.

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

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

Ésta fracción antes contemplada con otro orden (fracción segunda), según nuestro criterio su ubicación lógica es en ésta quinta fracción; ya que en cuanto a su contenido la legítima defensa, consideramos, no debe de sufrir cambios substanciales, sólo sintácticos, cambiando la "e" intermedia entre "actual e inminente", por una "o", y en general hacer la redacción de ésta fracción más simple y concreta

VI.- Se actúe por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

Ésta fracción hace referencia al doctrinalmente llamado "estado de necesidad justificante", cuya hipótesis ya se encontraba en la fracción tercera del mismo diverso, pero que consideramos estaba redactado de forma confusa, ya que incluía "el miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor" en la misma fracción; si de acuerdo a la presente propuesta es derogado éste enunciado queda una excluyente concreta y comprensible.

VII.- Obrar en cumplimiento de un deber en el ejercicio de un derecho consignado por la ley siempre que utilice un medio racional. Esta excluyente no beneficia a quien obre con el sólo propósito de perjudicar a otro;

La séptima fracción, el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, quedaría en términos similares de lo que ésta la fracción IV, pero agregamos que los medios que se utilicen sean racionales, y así asegurar la legalidad y el no abuso de ésta excluyente.

VIII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer desarrollo intelectual retardado o trastornos mentales accidentales e involuntarios, si éste último hubiese sido provocado dolosa o culposamente en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se sancionara hasta con las dos terceras partes de la pena que considera el delito cometido, o la medida de seguridad pertinente, o bien ambas tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor;

El artículo 17 de éste cuerpo legislativo contemplaba de una u otra manera la imputabilidad, pero como ya vimos ésta concepción ha sido rebasada por el marco jurídico Constitucional, consecuencia de la reforma de los artículo 16 y 19 de la misma; por tanto consideramos debe ser colocada en ésta octava fracción ya que el delito es una unidad y por tanto la imputabilidad no puede ser separada en diverso distinto del resto de las excluyentes del delito. Como ya mencionamos en un principio para reformar ésta fracción nos encontramos con el problema de que no existe una sanción para aquel que realice el ilícito con la capacidad considerablemente disminuida, por lo que provisionalmente ésta sanción y/o las medidas de seguridad pertinentes

quedarían incluidas en éste mismo apartado, pero estamos conscientes que esto va contra la técnica jurídica que buscamos, ya que se debe buscar un artículo en el apartado de sanciones.

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizo, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

En ésta novena fracción colocamos a la excluyente que contempla las circunstancias en que se realiza la conducta ilícita, si se obra bajo un estado de necesidad exculpante, no existe en el código una fracción como ésta.

X.- Obrar causando un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

En la última fracción cambiamos al ya existente caso fortuito de la fracción quinta a la décima, esto por el orden del que ya hablamos necesario para pulir la técnica jurídica de éste artículo.

Artículo 17.- Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones V, VI y VII del artículo 16, se le impondrá la pena del delito culposo.

Creemos que el contenido del artículo 17 debe cumplir una función similar a la que desempeña el artículo 16 del Código Penal del Distrito Federal,

en donde se considera la penalidad de algunas fracciones del artículo 15. del mismo cuerpo legislativo.

De acuerdo a nuestra propuesta quedarían eliminadas las actuales fracciones VII y VIII que serían sustituidas por otras y se refieren a la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo e insuperable.

Artículo 18.- Las causas de exclusión del delito se harán valer de oficio o a petición de parte en cualquier estado del procedimiento e inclusive en la segunda instancia..

En tanto al artículo 18 que no contemplamos en nuestro proyecto sería necesario modificarlo para que quedaran acorde estos tres artículos ya que conforman un sólo bloque o título dentro del Código Penal en comento.

Ya concluido el señalamiento de nuestras reformas para cada fracción presentamos en un sólo bloque lo que es nuestra propuesta de reforma, que reiteramos es necesario aplicar,

Artículo 16. El delito se excluye cuando:

- I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente, sea por que el sujeto obra por una fuerza física exterior e irresistible, por movimientos corporales reflejos, cuando el sujeto se encuentre en estado de inconsciencia o en circunstancias similares, previa certificación médica;**
- II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate.**
- III.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:**

- a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal.
- b) Respecto la licitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que esta justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 67 de éste código (con su respectiva modificación).

IV.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que llene los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible,
- b) Que el titular tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito sin que medie algún vicio o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo

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

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

VI.- Se actúe por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado siempre que

el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VII.- Obrar en cumplimiento de un deber en el ejercicio de un derecho consignado por la ley siempre que utilice un medio racional. Esta excluyente no beneficia a quien obre con el sólo propósito de perjudicar a otro;

VIII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión en virtud de padecer desarrollo intelectual retardado o trastornos mentales accidentales e involuntarios, si éste último hubiese sido provocado dolosa o culposamente en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se sancionara hasta con las dos terceras partes de la pena que considera el delito cometido, o la medida de seguridad pertinente, o bien ambas tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor;

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X.- Obrar causando un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

Artículo 17.- Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones V, VI y VII del artículo 16, se le impondrá la pena del delito culposo.

Artículo 18.- Las causas de exclusión del delito se harán valer de oficio o a petición de parte en cualquier estado del procedimiento.

CONCLUSIONES

1.- La finalidad de la Teoría del Delito es estudiar las características comunes para todos los delitos y así facilitar la integración de los elementos del ilícito penal.

2.- La Teoría del Delito tiene dos de sus vertientes más importantes en nuestro país a través del tiempo a la Teoría Causalista, misma que se maneja hasta las reformas publicadas el día primero de enero de 1994, cuando entra en su lugar la Teoría Finalista.

3.- Para la Teoría Causalista el delito es una consecuencia de las relaciones causa-efecto, para los finalistas la acción es una conducta consciente con un objetivo final.

4.- La conducta es el movimiento corporal que mediante un nexo causal produce el resultado, los finalistas consideran que la conducta es aquel obrar consciente que se realiza previa valoración del resultado propuesto, los medios para lograrlo y sus efectos concomitantes.

5.- El cuerpo del delito de la Teoría Causalista se colma con los elementos objetivos de la descripción legal y es la Teoría Finalista la que ubica al dolo y la culpa como elementos subjetivos que junto con los objetivos y los elementos normativos conforman el tipo penal.

6.- La antijuridicidad como elemento *sine quan non* del delito se ve contemplado en ambas teorías, la diferencia radica en que para la Teoría Finalista existe, ya no una antijuridicidad en sentido meramente material, sino también en un aspecto subjetivo, que no únicamente se estudiaría a nivel del dolo, sino en un apartado específico denominado culpabilidad.

7.- La imputabilidad para los causalistas es un elemento más del delito, el presupuesto de la culpabilidad, la teoría finalista la ubica como elemento de la culpabilidad; la culpabilidad causalista se da en dos vertientes: el dolo y la culpa, mismos que el finalismo traslada al tipo penal y por tanto la culpabilidad finalista queda colmada con tres elementos: la capacidad de culpabilidad, la conciencia de antijuridicidad y la no exigibilidad de otra conducta.

8.- La responsabilidad es la relación que surge entre el sujeto y el Estado, dado que comprobada la existencia de un delito, el delincuente se hace acreedor a una sanción, por lo que existe una marcada diferencia entre éste término y el término culpabilidad, los cuales son usados indistintamente.

9.- La Diferencia entre la culpabilidad y la responsabilidad fundamentalmente se basa en que la culpabilidad es la relación de la conducta típica y antijurídica que además es culpable, en tanto que al responsabilidad se vincula a la pena como consecuencia del delito.

10.- Por lo anterior concluimos que la Teoría Finalista de acuerdo a nuestra Constitución Política es la corriente ideológica aplicable, y que aporta mayor seguridad jurídica a la población del Estado de México.

11.- La Legislación Penal del Estado de México ha sido totalmente rebasada por la Constitución Política toda vez que los preceptos constitucionales contemplan la Teoría Finalista y no ya la Teoría Causalista.

12.- Tomando en cuenta que ninguna ley puede ir contra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es como se demuestra la imperiosa necesidad de la actualización de los artículos 16 y 17 de la Legislación Penal mencionada, es entonces como se precisarían los rasgos característicos del delito; y se reforzaría el principio de legalidad y así se lograría que el Estado de México cuente con un precepto que contenga unas correctas y limitadas excluyentes del delito.

13.- Además de ésta manera se garantizará tanto al litigante como al juzgador un instrumento legal al cual acudir sin provocar interpretaciones inexactas ya que contaría con una descripción precisa y que iría de acuerdo con la doctrina adoptada por nuestra Constitución Política.

14.- En base a lo anterior estos artículos deben quedar como a la letra sigue:

Artículo 16. El delito se excluye cuando:

I.- El hecho se realice si intervención de la voluntad del agente, sea por que el sujeto obra por una fuerza física exterior e irresistible, por movimientos corporales reflejos, cuando el sujeto se encuentre en estado de inconsciencia o en circunstancias similares, previa certificación médica;

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

III.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal.

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

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 67 de éste código

IV.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que llene los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible,

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

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

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

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

VI.- Se actúe por necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado siempre que

el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VII.- Obrar en cumplimiento de un deber en el ejercicio de un derecho consignado por la ley siempre que utilice un medio racional. Esta excluyente no beneficia a quien obre con el sólo propósito de perjudicar a otro;

VIII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión en virtud de padecer desarrollo intelectual retardado o trastornos mentales accidentales e involuntarios, si éste último hubiese sido provocado dolosa o culposamente en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se sancionara hasta con las dos terceras partes de la pena que considera el delito cometido, o la medida de seguridad pertinente, o bien ambas tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor;

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realice, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X.- Obrar causando un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

Artículo 17.- Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones V, VI y VII del artículo 16, se le impondrá la pena del delito culposos.

15.- No podemos dejar pasar por alto la importancia de reformar de igual manera el artículo 18 y cuya reforma pudiera tener la siguiente redacción:

Artículo 18.- Las causas de exclusión del delito se harán valer de oficio o a petición de parte en cualquier estado del procedimiento.

DOCTRINA.

ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal. Parte General. 8a. ed.
Ed. Temis. Bogotá-Colombia 1988.

BACIGALUPO, Enrique. Estudio de Derecho Penal y Política Criminal. s/e.
Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1989.

BUSCH, Richard. Modernas Transformaciones de la Teoría del Delito. s/e.
Ed. Temis. Bogotá 1969.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. 14 ed., Ed. Porrúa S.A.
México, 1982.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho
Penal. Parte General. 33 ed., Ed. Porrúa S.A de C.V. México, 1993.

CORDOBA RODA, Juan. Culpabilidad y Pena. s/e, Ed. Bosch Barcelona
España, 1997.

----- Una Nueva Concepción del Delito. La Doctrina
Finalista. s/e. Ed. Ediciones Ariel Barcelona. España 1963.

CORTES IBARRA, Miguel Angel. Derecho Penal. 4a. ed. , Ed. Cárdenas
Editor y Distribuidor, México 1992.

JAKOBS, Gunther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de
la Imputación. 2a. ed., Ed. Marcial Pons. Madrid 1997.

- HANZ-HEINRICH, Jeschek. Tratado de Derecho Penal, Parte General. s/e. Ed. Bosch Casa Iº Volúmen. Barcelona 1991.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Lección de Derecho Penal. Colección Clásicos del Derecho. s/e. Ed Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.
- LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. 2a. ed., Ed. Porrúa S.A. México, 1995.
- MADRAZO, Carlos. A. La Reforma Penal. s/e. Ed. Porrúa S.A. México, 1989.
- MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Teoría Legalista del Delito. s/e. Ed. Porrúa S.A. México, 1985.
- MAURACH, Reinhart. Derecho Penal. Parte General. 7a. ed. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires 1995. T I y II.
- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Teoría del Delito. Sistemas Causalista y Finalista. 5a. ed. Ed Porrúa S.A. México 1997.
- OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal. Parte General. s/e. Ed. Trillas. México, 1995.
- REYES ECHANDIA, Alfonso. Antijuridicidad. 4a ed. Ed. Témis. Bogotá Colombia, 1989.
- REINOSO DAVILA, Roberto. Historia del Derecho Penal y Nociones de Criminología. s/e. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1992.

ROXIN, Claus. Teoría del Tipo Penal, Versión castellana, Dr. Enrique Bacigalupo. s/e. Ed. De Palma, Buenos Aires, 1979.

TRUJILLO CAMPOS, Jesús Gonzalo. La relación en materia de causalidad en el delito. s/e. Ed. Porrúa S.A.; México, 1976.

VELA TREVIÑO, Sergio. Antijuridicidad y Justificación. 2a ed. Ed. Trillas, México, 1986.

----- Culpabilidad e Inculpabilidad, s/e. Ed. Trillas, México 1977.

WELZEL, Hanz. Derecho Penal Aleman, Parte General. 11a. ed. Ed. Jurídica de Chile, 1993.

----- Nuevo Sistema del Derecho Penal s/e, Ed. Ariel Barcelona, 1964.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. s/e. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994.

----- Tratado de Derecho Penal. Parte General. T. II, III y IV. s/e. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1994.

LEGISLACIÓN.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 117 ed., Ed. Porrúa
S.A. México, 1997.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común. s/e., Ed.
Pac. México, 1997.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ed. Pac. México,
1993.

Código Penal para el Estado de México. s/e, Ed. Sista, México, 1994.

Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. Ed. Sista, México,
1994.