

331



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"CAMPUS ARAGÓN"**

**EXCUSAS ABSOLUTORIAS NO
CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO
321 BIS DEL CODIGO PENAL VIGENTE
EN EL DISTRITO FEDERAL**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
JOSÉ ANTONIO ORTIZ MANCERA

ASESOR: LIC. MARIA GRACIELA LEÓN LÓPEZ

SAN JUAN DE ARAGÓN, EDO DE MÉXICO

2002

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Paginación

Discontinua

A DIOS

*Por que me haberme permitido
Realizar esta meta y por haberme
Dado el tiempo suficiente, para darle esta
felicidad a mis padres, que se merecen todo lo
mejor del mundo.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A MI MAMA.

*Por ser la mejor de las mamás, por estar siempre
al pendiente de mi, por estar siempre a mi lado y
por entregarme tu amor incondicional sin
pedirme nada a cambio, por ser como eres*
GRACIAS MAMA

A TI PAPA

*Por ser esa persona quien siempre esta orgulloso de mi,
por darme esa ternura cariño y enseñarme el camino del
bien, por ser una gran persona y el mejor de los papás, por
que por ti he llegado a donde estoy eternamente gracias
papá.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A mi esposa SILVIA.

*Por estar a mi lado en todo momento
Por amarme con tanta intensidad y por
apoyarme Siempre, por ser una de las primeras
metas que pasamos juntos, por eso quiero decirte
que te amo y que lo logre gracias a tu amor y
apoyo.*

A mi hijo LUIS ALBERTO.

*Por ti, por ser una de mis inspiraciones mas importantes
para lograr esta meta en mi vida, Para que en un tiempo
no lejano al estar tu en mi lugar sepas lo importante que es
este momento y sepas que feliz es el compartirlo contigo y
poder dedicarte este logro en mi vida.*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

*A mis hermanos. JOAQUIN
ALEJANDRO, TOMAS, JUAN
ENRIQUE, ALMA y OFELIA.*

Por que sin ustedes no hubiera sido posible que lo hubiera logrado, ya que en todo momento estuvieron conmigo apoyándome y se que están al igual que yo, felices por lograr esta meta, pero quiero decirles que este éxito es de todos, haciendo hincapié en Joaquin quien fue una pieza importante en mi vida gracias, ya que si bien es cierto que en algunas decisiones que tome, no estuviste de acuerdo, sin embargo, siempre me apoyaste, quiero decirte que sin tu ayuda no lo hubiera logrado gracias mano este éxito en mi vida también es tuyo gracias.

*A mis sobrinos, CAROLINA, GABRIELA,
CRISTIAN, MAGALI, BRENDA, KEVIN,
LILIANA y ALEJANDRA.*

Para que sea un estímulo en sus vidas, ya que esta es una de las primeras metas que espero tener en la familia, deseando que cada uno de ustedes vivan esta alegría y le den al igual que yo esta felicidad a sus padres, sintiendo una satisfacción muy grande en su vida.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

*A mis suegros, DON EDUARDO Y DOÑA
CIRI*

*Quienes me apoyaron desde el momento en que
llegue a sus vidas y hasta la fecha me apoyan
incondicionalmente, por lo que de esta forma les
agradezco su apoyo tanto a mi, como a mi
esposa, por todo ello muchas gracias.*

A la licenciada GRACIELA LEON LOPEZ.

*Ya que sin sus consejos y su gran visión en su
profesión, su gran experiencia no lo hubiera
logrado, ya que es un de las mejores personas
que he conocido en mi historia académica,
gracias maestra*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INDICE

PAG.

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO

EL DERECHO PENAL EN EL DEVENIR HISTORICO

1.- EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL.	1
1.1.- LA VENGANZA PRIVADA.	4
1.2.- LA VENGANZA DIVINA	10
1.3.- LA VENGANZA PUBLICA.	14
1.4.- PERIODO HUMANITARIO.	18
1.5.- ETAPA CIENTÍFICA	22
1.5.1.- LA ESCUELA CLASICA.	25
1.5.2.- LA ESCUELA POSITIVA.	29
1.5.3.- TENDENCIAS ECLÉCTICAS	34
1.5.3.1.- LA TERCERA ESCUELA.	35
1.5.3.2.- LA ESCUELA SOCIOLOGICA.	39

CAPITULO SEGUNDO

TEORIA DEL DELITO.

2.1. - LA DEFINICIÓN DEL DELITO.	42
2.2. - ETIMOLOGICA.	45
2.3. - NOCIÓN SOCIOLOGICA	45
2.4. - NOCIÓN JURÍDICO FORMAL.	49

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.5.	<i>-NOCION JURÍDICO SUSTANCIAL</i>	51
2.6	<i>-LA TEORÍA CAUSAL DE LA ACCION</i>	53
2.7	<i>-TEORÍA DE LA ACCION FINALISTA</i>	59
2.8	<i>-ELEMENTOS DEL DELITO.</i>	63

CAPITULO TERCERO.

EL DOLO, LA CULPA, Y EL CASO FORTUITO.

3.1.	<i>-TIPOS DE DOLO.</i>	85
3.2.	<i>-LA CULPA</i>	91
3.3.	<i>-EL CASO FORTUITO.</i>	103

CAPITULO CUARTO

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 321 BIS DEL CODIGO PENAL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL.

4.1-	<i>LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.</i>	106
4.2.-	<i>ANÁLISIS DEL ARTICULO 321 BIS DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.</i>	113
4.3.-	<i>TAXATIVAS DE SOLUCION.</i>	124
	<i>CONCLUSIONES.</i>	130
	<i>PROPUESTA.</i>	132
	<i>BIBLIOGRAFIA.</i>	

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

INTRODUCCIÓN

Los años en que vivimos, demandan una solución inmediata a los problemas que se presentan, impuestos por los sucesos de la vida.

Las exigencias actuales, requieren de nuevas formulas de solución acabando así con las tradiciones de nuestros antepasados, no admitir el progreso sería como quedarse a vivir en otra época.

Una tesis Profesional en la que se pretende analizar, comentar y revisar algunos elementos de la legislación penal que es una tarea enorme, ardua, pero llena de atractivos ya que se está buscando un mayor acomodo a principios o en su caso el rechazo de otros ya caducos e inoperantes.

Por lo tanto este trabajo trata de realizar una critica sana a nuestra legislación penal y darle un nuevo matiz, ya que existiendo un cúmulo de enfoques tocaré uno solo de esos principios, de que sin duda después de la vida, es el bien jurídico maspreciado por el hombre, la libertad misma.

Definitivamente no existe persona alguna que teniendo conciencia social, haya dejado de percibir en un mínimo caso la acción mas o menos determinante de poder del Estado, en todos los ordenes, en todas las actividades, en todos los planos sociales, se vive se siente el poder del Estado, pues de ignorarlo estaríamos divorciados de la realidad, es por ello que en nuestra legislación penal ha sido reformada a través del tiempo.

Por eso ningún trabajo que tienda a mejorar una legislación penal, debe ser rechazado; la época en que vivimos es un reto que es preciso afrontar, no podemos, ni debemos someternos a ningún mandato autoritario y tampoco debemos de permanecer indiferentes a la lucha cotidiana, hay que aceptarla y proponer en donde estas reformas que si puedan mejorar aunque en poca medida, efectivamente reformas a la vida misma, en este trabajo que de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ninguna manera considero exhaustivo, sugiero una revisión franca, valiente, de los fundamentos legales de la legislación penal, que deberán servirnos a nosotros mismos en lo cotidiano como Servidor Público y como simple ciudadano, que necesita un cambio de principios que un día se consideraron eternos y universales pero que de ninguna manera lo son: Es por ello que todo individuo como ser sociable, al infringir una norma penal previamente establecida por las necesidades mismas de la sociedad, incurre en un hecho delictuoso y es sujeto a un procedimiento penal que finalizara con una sentencia, aplicándole la pena correspondiente a su caso concreto, por que ha vulnerado un bien juridico tutelado por el Estado; sin embargo, no basta con nuestro Código Penal establezca las penas que puedan o deban de aplicarse en estos casos, si no que es necesario que designe, especificamente y concretamente de que manera ha de llevarse a cabo el cumplimiento de tales dispositivos legales para que estos no sean solamente expresiones plasmadas en un código, si no que verdaderamente cumplan su Cometido tanto juridico como social y esto es lo que considero que esta sucediendo actualmente en nuestra ley sustantiva, especificamente en su articulo 63, que establece o sustente la excusa absolutoria por razones de los móviles afectivos revelados, y que esta ahí, para aplicarse única y exclusivamente en beneficio del sujeto activo que se encuentre vinculado por los pasivos en razón del parentesco consanguíneo que existe entre ellos, dejando a otras personas que se encuentran unidas a éste, en razón al parentesco civil, que en este caso sería por adopción y a demás por la estrecha vinculación de amistad o de gratitud de entre estos.

En el seguimiento del presente trabajo exponer en primer termino la evolución que han tenido las penas en nuestra historia, con diversos e interesantes matices propios de cada época, que a fin de cuentas y gracias a la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

conciencia de grandes juristas, han dejado de ser degradantes, para convertirse en la justa medida de cada infracción penal; en el segundo Capitulo se analizara el delito, partiendo desde su definición, revisando cada una de las que a lo largo de la historia del derecho penal se han dictado y hasta la actualidad sobre este, es decir, su naturaleza: etimológicamente, sociológica, jurídico formal y jurídico substancial así como de las teorías que han ido surgiendo y las posiciones que adoptan cada una de estas, como son: la teoría Causal de la Acción y la teoría de la Acción Finalista y Culminando este capitulo con los elementos positivos y negativos del delito; en el tercer capitulo se establece a lo que es un acción u omisión dolosa, culposa o preritensional y también el caso fortuito, en este tema se conceptualizará todos y cada uno de estos; En el cuarto y último capitulo se establecerá la importancia y la necesidad de la reglamentación de las excusas absolutorias específicamente en lo que se establecen los móviles afectivos revelados, cuando el sujeto activo del ilícito se encuentra unido al o los pasivos en razón de parentesco Civil o por una estrecha vinculación de amistad o de gratitud, lo cual se encuentra establecido en el numeral 321Bis, y el cual se pretende que se adicione. Por otro lado el presente trabajo de tesis se va a robustecer y apoyar, sobre la base de un análisis, lógico jurídico y natural del artículo en mención y haciendo una breve comparación con su similar del Estado de México siendo él artículo 63, así como también a cuestionarios y entrevistas a las personas que considere directamente involucradas con su aplicación y ejecución proponiendo la modificación y adición del artículo 63 sobre la citada excusa absolutoria.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

EXPOSICION DE MOTIVOS

Actualmente existe la necesidad de reformar nuestra legislación punitiva en razón de que aun se encuentran tipificadas conductas que ya dejaron de tener aplicación, debido al desinterés por parte de la sociedad en perseguir hechos presuntamente delictuosos, por lo que es una exigencia que tales conductas sean despenalizadas como se pretende desarrollar en el presente trabajo de tesis.

Siendo que sería importante por motivos de sentimientos afectivos existentes entre las partes involucradas en hechos de tránsito de vehículo automotores, que se despenalizara la conducta del conductor del vehículo, siempre y cuando esté no se encuentre bajo el influjo de bebidas embriagantes, enervantes o cualquier otro tipo de droga, en los casos que el activo y el pasivo del delito por lazos de afinidad, de una estrecha vinculación de amistad o de gratitud que los una, ya que resultaría absurdo fincar un procedimiento penal a alguien que por cualquier circunstancia lleve en su vehículo automotor a algún pariente afín o amigo ya que esto ocasionaría el distanciamiento o hasta el rompimiento del parentesco afín o de alguna gran amistad, provocando con ello hasta ciertos grado venganza, rencillas o sentimientos de odio entre estos.

Por lo que puede ser de gran utilidad cambiar la redacción en el ámbito de lo jurídico el artículo 321Bis del Código Penal Vigente en el Distrito Federal la citada Excusa Absolutoria.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

PLANTEAMIENTOS DE OBJETIVOS.

OBJETIVO GENERAL.- Demostrar con base a un análisis, lógico, jurídico, armónico, histórico y práctico, la justificación de propuestas y de la necesidad que existe actualmente de reformar y adicionar nuestra legislación punitiva en el caso particular, el citado artículo 321 Bis del Código Penal Vigente en el Distrito Federal, en el sentido de adicionar a éste, Excusas Absolutorias no contempladas, en aquellos casos en que haya un parentesco por afinidad entre el activo y el pasivo del delito.

OBJETIVOS ESPECIFICOS.-

*El Análisis y comparación de otras legislaciones que pudiesen favorecer al establecimiento de una nueva regulación y de la operatividad de las Excusas Absolutorias, entre el sujeto activo y el pasivo del ilícito en estudio.

*El estudio de la historia referente a la legislación penal del Distrito Federal relativa a la operatividad de las excusas absolutorias.

*La determinación , establecimiento y además el conocimiento de los antecedentes Histórico-Jurídicos, y en sentido, también práctico, a la legislación en lo que concierne a las excusas Absolutorias.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPITULO PRIMERO

CAPITULO 1. EL DERECHO PENAL EN EL DEVENIR HISTORICO

1.- EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL.

1.1.- LA VENGANZA PRIVADA.

1.2.- LA VENGANZA DIVINA

1.3.- LA VENGANZA PUBLICA.

1.4.- PERIODO HUMANITARIO.

1.5.- ETAPA CIENTÍFICA

1.5.1. - LA ESCUELA CLASICA.

1.5.2.- LA ESCUELA POSITIVA.

1.5.3.- TENDENCIAS ECLÉCTICAS

1.5.3.1.- LA TERCERA ESCUELA.

1.5.3.2.- LA ESCUELA SOCIOLOGICA.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

I. LA EVOLUCION DEL DERECHO PENAL.

La sociedad en su lucha incesante en contra de la delincuencia, a través del propio Estado que se encarga de vigilar en buen desempeño de sus Órganos encargados de administrar y procurar la justicia, estos Organizan Juridicamente la represión con fines adecuados correctivos y ejemplares, dando origen al derecho penal por otro lado van surgiendo de manera aparejada ciencias criminológicas que se encargan de vigilar de manera sistemática los fenómenos relacionados con el delincuente o sujeto activo, el delito y la pena.

Se dice que el derecho penal es tan viejo como la humanidad misma, por que nació con ella, tal vez anteriormente a esta, si se pueden admitir regulaciones por el instinto en el mundo del hombre mismo y con otros seres. de ahí que el derecho penal haya tenido un desarrollo superior al de otras ramas del derecho, ya que es de admitir su coactividad y su eficacia en las penas.

RAÚL CARRANCA Y TRUJILLO ¹, define al Derecho Penal; Como el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el

¹ CARRANCA TRUJILLO, Raúl Derecho Penal Mexicano, parte General décima Sexta Edición Ed Porrúa pag 16-17.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

poder social impone al delincuente; o como el conjunto de principios relativos al castigo del delito o como el conjunto de reglas establecidas, por el Estado, que asocian el crimen como el hecho a la pena como su legitima consecuencia.

O como el conjunto de normas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando al delito, como presupuesto, la pena como su consecuencia Juridica, o como el conjunto de normas que regulan el derecho punitivo; o como el conjunto de aquellas condiciones libres para que el derecho ha sido perturbado por los actos de una voluntad opuesta a él, sea restablecido y restaurado en todas las esferas y puntos en donde la violación llevo. Sociológicamente considerado el Derecho Penal esto es un fenómeno Social, representa aquel conjunto de reglas de conductas sancionadas con el medio especifico de la pena, que es el producto de la necesidad propia del Estado, de dar a la población una disciplina coactiva y una eficaz tutela, así como asegurar la observancia del mínimo absoluto de moralidad considerando como indispensable y suficiente para la segura y civil convivencia en un determinado momento histórico. Sigue diciendo el autor que como se advierte, las anteriores definiciones ofrecen tres vértices de coincidencia a saber son; el delito, la pena y la relación jurídica, entre ambos en virtud de la norma que asocia la una al otro. En suma, el Derecho Penal objetivamente considerado es el conjunto de leyes mediante el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación. Es una disciplina Jurídica Social, por mirar a las violaciones de la ley, a la defensa

de la sociedad mediante la pena y las medidas de seguridad y a la significación y la valoración Social y jurídica de la conducta humana.

La finalidad del derecho penal, partiendo desde el punto de vista del derecho en general, que es la protección de aquellos intereses primordiales de la persona, es decir, de aquellos bienes Jurídicos pero en ese sentido no correspondería al Derecho Penal Proteger o tutelar todos estos, si no únicamente aquellos intereses donde especialmente se requiere de que sean protegidos, a través de una defensa mas enérgica.

El Derecho Penal, de acuerdo a la clasificación que hacen los Doctos del derecho, en general lo ubican dentro del derecho publico, ya que para hacer valer sus reglas es necesaria la intervención del poder publico, es decir, a través de los Órganos del Estado como lo son: el Tribunal Superior de Justicia de la Entidad de que se trate, así como de la de Procuraduría General de Justicia de esa entidad Federativa; por otro lado se considera que el derecho penal tiene intima relación con otras ramas del derecho, como lo es el derecho constitucional, Administrativo, laboral, internacional por tener esta ingerencia con los intereses del Estado y de la sociedad misma; pero también tiene estrecho vinculo con el Derecho Privado, especialmente con el derecho Civil, Mercantil los cuales tienden a regir los actos entre particulares. En consecuencia el derecho Penal, Para su estudio y mejor entendimiento se divide en dos partes; La primera llamada parte General, la cual comprende la Introducción, la Teoría de la Ley Penal, la Teoría del delito, la Teoría de las Penas y de las Medidas de Seguridad; la segunda de las llamadas parte Especial, por que comprende a los delitos en particular, así como a las penas y medidas de seguridad aplicables a casos concretos.

A través del tiempo, siempre ha estado Presenta la Función represiva del Estado apoyadas en sus Instituciones Gubernamentales, es decir, para someter a los individuos a acatar u obedecer sus normas jurídicas. Los estudiosos en la materia han considerado primordialmente cuatro periodos a saber como lo son; la venganza privada, la venganza publica, la venganza divina y el periodo Humanitario; otros autores, consideran una quinta etapa o periodo el cual responde a los últimos tiempos denominada Científica por sus características propias.

Antes de iniciar el estudio de cada uno de los periodos, deba advertirse que en ellos aparece, con sensible relieve, el principio en donde toma su nombre; sin embargo, no se sustituye íntegramente, cuando surge o aparece el siguiente no puede considerarse que haya desaparecido plenamente el anterior, sino que en cada uno de ellos conviven ideas opuestas y aun contrarias. Si estudiamos nuestras legislaciones mismas, nos percataremos que cuentan todavía con reminiscencias de los periodos penales de antaño.

1.1 LA VENGANZA PRIVADA.

También conocida como la venganza de la sangre o época barba, debido a los castigos tan inhumanos que recibían las personas que habían cometido un hecho social o delictivo.

IGNACIO VILLALOBOS.-Escribe Castellanos Tena, En el primer periodo de formación del derecho penal fue el impulso de la defensa o de la venganza la ratio essendi de todas las actividades provocadas por un ataque

injusto. Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia por sí mismo. Desde luego no se pretende afirmar que esto constituya propiamente una etapa del Derecho Penal; se habla de la venganza privada como de un antecedente en cuya realidad espontánea hunden sus raíces las instituciones jurídicas que vinieron a sustituirlas, teniendo, para comprobar su existencia, diversos datos y documentos históricos además del conocimiento de la naturaleza humana que nos autoriza para conocer el imperio de tales reacciones donde quiera que no se hallara una autoridad, suficientemente fuerte, que tomara por su cuenta el castigo de los culpables, el gobierno y la moderación de los ofendidos y el aseguramiento del orden y la paz social.²

De lo cual se puede apreciar que en este periodo la función represiva o de castigo la llevaba a cabo el propio particular que fuera agredido, o violentado en su derecho.

Otros autores del Derecho Penal, refieren que todo animal que se siente agredido, tiende por sus instintos a reaccionar, es fácil comprender que las primeras formas y justificación, de lo que se conoce como justicia penal debió ser, de tal manera una venganza. Pero esto no puede considerarse como un antecedente de la representación penal moderna, es de estimarse que el particular contaba con el apoyo de la colectividad, a través de la ayuda material y el respaldo moral hacia la persona del ofendido además de reconocer su derecho a ejercitarla.

“ La venganza privada se conoce también como venganza de la sangre, porque sin duda se originó por el homicidio y las lesiones, delitos por su

² CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, vigesimotercera edición, Ed. Porrúa, Pág. 32.

naturaleza denominados de sangre. Esta venganza recibió, entre los germanos, el nombre de blutrache, generalizándose posteriormente a toda clase de delitos”³

“El predominio germánico se extiende desde el siglo V al XI D.C. El derecho germánico evoluciono durante esos siglos, como resultado del reforzamiento de su carácter estatal. La pena más grave que conocía el derecho penal germánico era la perdida de la paz (Friedlosigkeit), que consistía de retirarle al penado la tutela social, con lo que cualquiera podía pedirle la muerte impunemente. En los delitos se producía la Faida o enemistad contra el infractor y su familia. La Faida podía terminar con la composición (Wertgeld), consiste en una suma de dinero que se pagaba al ofendido o a su familia, o también al combate judicial, que era una ordalía, es decir, un juicio de Dios. Las ordalias eran muy comunes entre los germanos. Todo su derecho penal tenia su carácter marcadamente individualista.”⁴

Pero esta forma de aplicación del Derecho penal entre los germanos se fue perdiendo al paso del tiempo, ya que el derecho penal se convirtió en público, y fue perdiendo la característica de privado e individual, cuya forma previa de su sentir como pueblo, por ser eminentemente guerrero, en donde la paz se consideraba como el derecho y el orden. Ya que precisamente el que declaraba la guerra a la sociedad o aun particular, lo que terminaban perdiendo era la paz, la cual podían recuperar a través de la composición,

³ Idem, Pág. 32

⁴ RAUL ZAFFARONI, Eugenio, Manual de derecho Penal, Primera reimpression, Ed. Cárdenas, Pág. 157-158

pero no en todos los delitos se podía hacer, como por ejemplo en la traición al Rey, en la cual no se admitía ésta.

“El Estado de Faida era totalmente nocivo porque generaba para la familia del ofendido el deber de llevar la “venganza de sangre”, (Blutrache) contra el ofensor y su familia. Debido a esto a medida que se fue haciendo público el derecho penal, la Faida se fue limitando por la vía de la composición, que de optativa paso ha ser obligatoria”.⁵

En ocasiones sucedía que la parte vengadora, al llevar a cabo su reacción, éste se excedía causando un mal mucho mayor al que había recibido, por eso es que fue necesario regular y limitar la venganza, y de tal manera surgió la ley del Tali3n, que era ojo por ojo y diente por diente, para determinar que el grupo solo reconoci3 al ofendido de castigar y causar da3o de la misma magnitud al recibido. En consecuencia este sistema talional presupone el surgimiento de una facultad de poder moderadora y, por tal motivo un desarrollo de importancia.

Como todo organismo viviente, el ser humano reacciona por el impulso de tres fuerzas o instintos que son: el de conservaci3n, reproducci3n y el de defensa; dando forma a su existir como individuo y como especie, es por ello que la defensa se va a transformar en algo negativo, como es la ofensa y la agresi3n hacia un semejante. S3 esta entonces en un plano de defensa-ofensa, por que todo organismo que se siente ofendido o agredido, tiende a reaccionar por sus propios instintos, a defenderse de igual forma(a la ofensa o agresi3n recibida.

⁵ Idem, P3g. 158

En la pelea siempre sale triunfante el más fuerte sobre el débil, que es totalmente dominado y fulminado, ya que en este mundo la agresión-reacción o la defensa-ofensa, el mundo de las fuerzas orgánicas es de entera libertad, por lo tanto no se puede hablar de derecho y justicia, porque así de simple la propia naturaleza con el ser vivo no puede ser justa ni injusta.

“Más tarde la convivencia social y los vínculos de sangre entre los hombres, familias y tribus, transportan la reacción de lo individual a lo social. LA solidaridad de lo familiar o lo social eleva y generaliza, y también depura, la pugna. El nexa de consanguinidad unifica vigorosamente los linajes produciendo una comunidad de cultos, económica de usos y relaciones. Un tipismo acusado caracteriza ya a los grupos familiares; y así los gens, que hacen suyo el derecho a la venganza, se sienten ya ligados al grupo; no esta solo, cuenta ahora con su derecho a estar protegido y vengad, correlativamente, reconoce su deber de proteger y vengar a los suyos y de someterse a ellos. Puede, así, hablarse de derechos y deberes. Por una supervivencia superada reconoce hoy que el ministerio público representa a la sociedad al ejercitar la acción penal contra los delincuentes, la venganza privada ha sido depurada por la función punitiva del Estado, al servicio de la paz pública.”⁶

En este sentido la composición o el rescate del derecho vengarse, fue a través de un pago hecho por el ofensor o infractor, y este pago podía consistir en animales, armas o dinero, pero esto se daba con la intervención del grupo, que eran los que exigían esa composición o pago entre el ofensor y el ofendido, independientemente de la voluntad de éstos, es decir, se

⁶ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Op cit, pág. 93-94

castigaba al ofensor a petición del ofendido, en el segundo caso, es el mismo grupo el que conciliaba e imponía una solución pacífica. Si analizamos nuestro Código Penal vigente en el Estado de México, nos daremos cuenta de que se trata de lo que hoy en día conocemos como delitos por querrelas necesarias o a petición de la parte agraviada, en los cuales las partes ya sea en fase indagatoria o ya durante un proceso penal, el ofendido y el sujeto activo pueden llegar a un arreglo pacífico, dando por terminado dicho procedimiento, es decir, el ofendido otorga el perdón al sujeto activo del hecho que le causó un perjuicio, ya sea de carácter patrimonial, o que haya alterado su salud dañando su reputación, como por ejemplo los delitos de fraude, abuso de confianza, lesiones, columna, por citar algunos.

El sistema talional, así como también la composición representa un desarrollo, y además un adelanto tanto jurídico como moral en la vida del hombre, es decir, la composición viene siendo como la multa en beneficio del Estado.

De esta forma la humanidad misma, es decir, la sociedad, iban desentrañando, ese misterio que existía entre las propias religiones aceptadas entre ésta, a través de los dioses se comenzó a imponerse, la pena al ofensor, a castigarlo en representación de éstos, el juramento, vino a hacer presente al dios entre los hombres, como la figura de un testigo, el que corrompía o no obedecía y rompía ese juramento, ofendía al propio Dios, y entonces era castigado por la comunidad, en nombre de ese Dios.

Se dice ya en el Derecho protohistórico, de algunos pueblos, que ya se encontraba la venganza privada en sus dos formas reseñadas, a demás del carácter sacerdotal o teocrático de la punición.

Carrancá y Trujillo⁷, haciendo alusión del Código de Hammurabi o el Carlomagno babilónico, que data del siglo XXIII a J.C., contiene ya dichas formas.

Art.196.-Si alguno saca a otro un ojo, pierde el ojo suyo.

Art.197.-Si alguno rompe un hueso a otro, rómpasele el hueso suyo.

Art.229.-Si un maestro de obras construye una casa para alguno y no la construye bien, y la casa se hunde y mata al propietario, desee muerte a aquel maestro.

Art.230.-Y si mata al hijo del dueño, désele muerte al hijo del maestro de obras.

Es particularmente notable en el código de Ammurabi al distinguir entre todo, la culpa y caso fortuito, lo que antes de él ninguna legislación había distinguido.

Art.206.-Si alguno toca en riña y le causa una herida, jure "no lo herí con intención", y pague el médico.

Art.266.-Si en el establo ocurre golpe de Dios, asaltarle el león juré el pastor ante Dios y soporte el amo el daño que ocurrió en el establo.

1.2.LA VENGANZA DIVINA

Cuando los pueblos se organizan en forma teocrática, los problemas se dirigen hacia la divinidad, como el centro fundamental de la formación y conformación de todo Estado. De tal forma surge el período de la venganza divina, por lo que el delito era considerado como aquella acción de falta grave, que iba a ofender a los propios dioses, por ello es que los Tribunales,

⁷ ib id. Pág. 95



a través, iban a juzgar al hombre en nombre de aquellos dioses ofendidos, pronunciando la sentencia correspondiente, así mismo imponiendo la pena que le correspondiera por esa ofensa o falta, de esta forma se satisfacía la ira de los dioses y del pueblo.

“Sebastián Soler- escribe Castellanos Tena-, es indispensable el concepto de la irritación y la reacción provocadas por un ataque venido del exterior, ya que primero se responde al instinto de conservación, dando nacimiento a la lucha y a la venganza privada se había consumado, y sólo después, lógica y antológicamente, se dieron explicaciones o justificaciones que atribuyeron tal conducta a la necesidad de dar satisfacción a las divinidades ofendidas, aun cuando en una y otra cosa mediara un corto intervalo”⁸

Como se puede apreciar, que en esta etapa el castigo del infractor, se daba a través de la justicia represiva que era manejada por los sacerdotes, la cual se extendió en diferentes pueblos del mundo, pero principalmente y de manera clara en el Hebreo, esto es por que los judíos siempre han sido eminentemente religiosos.

Una característica sobresaliente del derecho penal Hebreo, es como tomaban como base la Ley del Talion, según lo señalan algunos Juristas y teólogos medievales y posteriores; Ya que el Tali6n tenia un sentido puramente metaf6rico, por que se imponian las penas de forma proporcional; pero para otros, 6sta Ley habia tenido un sentido literal, de tal forma, que se podia aplicar entre los mismos hebreos.

Consideraban a los diez mandamientos como una fuente del derecho ya que sobre esta base se conformaron y se fueron creando los preceptos

⁸ CARRANCA Y TRUJILLO, Fernando, Op Cit. P6g. 33

jurídico penales, y a ese derecho se le denominó como "derecho penal mosaico", por estar basado en las leyes de Moisés.

Por su parte, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI,⁹ consideraba que la pena de muerte reconoció varias formas: Horca, cruz, sierra, fuego, lapidación, espada, ahogamiento, rueda, descuartizamiento, fieras flechas, etc.. Se conocían otras penas como prisión, excomunión, privación de sepultura, multa, y en algunos casos no graves, se permitía la composición, que requería la completa reparación del daño y un sacrificio religioso. Reconoció el asilo que podía amparar a los autores de homicidio culposo, y para ello señalaban ciudades de asilo.

Sigue comentando Zaffaroni, que la legislación penal mosaica, armada en tono de los mandamientos, se fue modificando por obras de varias escuelas de derecho, dirigidas por fariseos quienes sostenían que Dios le había dado a Moisés una ley oral junto a la ley escrita la que había perdido exigiéndose de la sabiduría de la deducción de las consecuencias a partir de la ley escrita. Estos juristas tomaron el título de Rabbi y fueron legislaciones de los hebreos. Por el 240 de nuestra era se forma en repetición de las leyes (michna). Con los comentarios, adiciones y anexos a la repetición se formó en el siglo V D.C el estudio o Talmud que releva la legítima defensa, la culpa, la reincidencia, la preterintención y el error. Establecía penas de muerte, corporales y pecuniarias.

⁹ RAUL ZAFFARONI, Eugenio, Op cit. Pág. 151-152

Dice el autor que las disposiciones del antiguo testamento con relevancia penal son muchísimas e importantes. En torno de los primeros mandamientos se elaboraron los primeros delitos en contra de la religión, que comprenden la idolatría y la blasfemia, la hechicería, la falsa profecía, el acceso carnal con mujer durante el periodo de menstruación, etc. En cuanto a los mandamientos de guardar los sábados y de honrar a los padres, su violación fue penada con muerte. El talión se hacía presente una vez más en el homicida, como violación del quinto mandamiento. No obstante la Biblia distingue claramente los casos de riña, dolo, y caso fortuito (éxodo, 21). En torno de los mandamientos sexto y noveno se edificaron los delitos en contra de las costumbres condenándose la seducción y la violación y haciendo varios distingos, según que la víctima fuera virgen, no desposada, desposada o prometida. El adulterio se penaba con la muerte, al igual que el incesto. El hurto era penado fundamentalmente con la restitución, que a veces se multiplicaba, a partir del octavo mandamiento se erigen los delitos de falso testimonio, que se penaba talionamente, haciendo sufrir al autor la pena que debía haber sufrido la víctima.

Si consideramos otras culturas lejanas, partiendo de estas como fueron las culturas llamadas decapitadas del Continente Americano, nos percataremos que había dos culturas altamente desarrolladas y avanzadas, cuando llega el europeo; estas son la cultura Azteca y la Inca.

La ley penal Azteca era considerada como una ley dura, era inflexible; se hablaba de la conformación de un Código de Nezahualcoyotl, el cual contenía penas muy severas y durísimas, caracterizadas por la ley del talión.

Las penas eran la muerte, a través de la lapidación, estrangulación o decapitación; por otro lado, también se encontraba el destierro, la esclavitud, la confiscación, la destitución de empleo y la prisión domiciliaria.

La organización Social de los Incas era de una manera teocrática, de tal modo, que los delitos graves eran los que afectaban directamente la creencia que ellos tenían sobre sus dioses; Las relaciones con otra mujer era penado arrasando también a su pueblo, por esa acción cometida. La severidad de sus leyes se debe a su carácter imperialista, es decir, de pueblo guerrero; la ley penal se aplicaba de dos formas, una era para los nobles y la otra para los plebeyos, pero los primeros eran los que tenían el mayor beneficio con estas leyes; su derecho fue eminentemente oral, y no utilizaban demasiado la escritura, las sentencias eran emitidas de viva voz y de forma muy concreta.

1.3 LAVENGANZA PÚBLICA.

Cuando un Estado se va Organizando de una mejor manera, se produce un indudable progreso, representado por el nuevo sistema, ya que el estado concedió la facultad de castigar a los jueces, para un mejor manejo imparcial de las penas, quitándole por tanto el castigo a los ofendidos de esta manera limitando el derecho a la venganza a estos, fue creándose un sistema probatorio organizado, para cumplir y ejecutar las penas objetivamente.

Considerando que este sistema trajo como consecuencia, que la pena fuera represiva e inhumana, pues había un poder de sometimiento entre la clase dominante y la dominada, este sistema quiso asegurar el dominio de las Oligarquías de guerreros y también de los propios políticos, por medio de la intimidación más severa.

Carrancá y Trujillo,¹⁰ dice que junto a la venganza privada tuvo siempre la pública manifestaciones represoras de aquellos hechos que, como la traición, la desertión, etc., lesionaban fundamentales intereses de la tribu.

El sistema de composición con pago a la comunidad represento un desplazamiento o transito del derecho a la venganza a favor de la autoridad superior a individuos o a familias.

Así en la novísima recopilación se consigna una ley que señala el tránsito de la venganza privada a la pública expresivamente: teniendo prohibidos los duelos y satisfacciones privadas, que hasta ahora se han tomado los particulares por si mismos, y deseando mantener rigurosamente esta absoluta prohibición, ha resuelto para que no queden sin castigo las ofensas y las injurias que se cometieren y para quitar todo pretexto a sus venganzas, tomar sobre mi cargo la satisfacción de ellas, en que no solamente se procederá con las penas ordinarias establecidas por derecho, si no que las aumentare hasta el último suplicio; y con este motivo prohibió de nuevo a todos generalmente, sin excepción de persona, al tomarse por sí las satisfacciones de cualquier agravio e injuria, bajo las penas impuestas (ley, tit.20, lib. XII).

Sigue opinando el autor, que la humanidad aguzo su ingenio para inventar suplicios, para vengarse con refinado encarnizamiento; la tortura era una cuestión probatoria, durante la instrucción de una cuestión previa antes de la ejecución a fin de obtener revelaciones o confesiones. Nacieron los calabozos donde las víctimas sufrían prisión perpetua en subterráneos, la jaula de hierro o de madera, la argolla pesada, pieza de madera cerrada al

¹⁰ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, Op cit. Pág. 99-101

cuello, el rollo o picota en que cabeza y manos quedaban sujetos y la víctima de pie, la orca y los azotes, el descuartizamiento por la acción simultánea de cuatro caballos, el garrote, los trabajos forzados con cadenas, etc. En las leyes chinas de 647 en donde cualquiera que atente contra las Instituciones del Estado o de la casa imperial y todos aquellos que resulten participen en el delito, sin distinción de autor principal y cómplices serán condenados a muerte lenta y dolorosa, el abuelo, el padre, el hijo, el nieto, los hermanos mayores o menores y todos los que cohabiten con el delincuente sin tener en cuenta enfermedad alguna serán decapitados.

Como podemos apreciar todo lo anterior procedía del Rey, que era un símbolo vivo de las oligarquías dominantes, la venganza era contra aquéllas acciones que dañaran su reinado o sus bienes, así por ejemplo el Rey Luis XIV enseñaba a su hijo que un Rey tiene la propiedad libre y plena de todos aquellos bienes o pertenencias que corresponden al reinado y aún los que estuvieran en poder del Clero.

En fin toda pena, por ser estas tan crueles era intimidar a la clase inferior, es decir, al gobernado, por eso es que las penas eran desiguales, según la clase a la que se debía aplicar, la intimidación se concretaba a mantener intactos los privilegios de los reales y oligarcas.

En China, la historia más remota se confunde con la leyenda. En los principios históricos comprobados se conocieron las llamadas cinco penas; el homicidio penado con la muerte, el hurto y las lesiones con la amputación de uno o ambos pies, la del estupro con castración, la estafa con amputación de la nariz y los delitos menores con marca en la frente. Con posterioridad se conocieron penas más crueles, tales como abrazar una columna de hierro

candente, descuartizamiento, cocimiento, azotes, distintas formas de pena de muerte y especialmente la extensión del castigo a la familia del autor. A lo largo de los siglos el sistema se fue haciendo más humano. En el Siglo VII d.c., se suprimió la pena a la extensión a los parientes, reduciéndose las penas solamente a cinco: Muerte, deportación, destierro, bastón y azotes. en el siglo VII y durante poco tiempo se abolió la pena de muerte. En el siglo X se dispuso que ninguna provincia podía ejecutar la pena de muerte, sin el cumplimiento del emperador. En el año de 1389 se sanciona el Código Penal de la dinastía Min. que distingue a cinco categorías de fracciones en orden a la gravedad, manteniendo con algunas variantes el sistema de las cinco penas. Este texto fue modificado varias veces hasta que en 1647 se sanciona el Código de la Dinastía Ching, que mantenía las cinco penas que quedo vigente hasta la República en 1912¹¹.

Castellanos Tena¹², refiere que a medida que los Estados adquieren una mayor solidez, principia a ser la distinción entre delitos privados y públicos según el hecho que lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público. Entonces aparece la etapa llamada venganza pública o concepción política; los tribunales juzgan en nombre de la colectividad para la supuesta salvaguarda de esta, se imponen penas cada vez más crueles e inhumanas.

Cuello Calón, citado por Castellanos Tena, con justicia afirma que en este periodo nada se respetaba, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, pues se desenterraban a los cadáveres y se les procesaba; los jueces y los

¹¹ RAUL ZAFFARONI, Eugenio. Op cit. Pág. 149-150

¹² CASTELLANOS TENA, Fernando, Op cit. 33-34

tribunales poseían facultades omnímodas y podían incriminar hechos no previstos como delitos en las leyes. De estos ilimitados derechos abusaron los juzgadores; no los pusieron a los servicio de la justicia sino al de los déspotas y los tiranos depositarios de la autoridad y del mando. Este espíritu inspiró el Derecho Penal europeo hasta el siglo XVIII.

Por lo tanto esta concepción de la pena, imperó tanto en Europa como en Oriente, así como también en América, y era con el fin de conseguir de los súbditos, a través del terror y la intimidación el obedecer y someterse a las leyes del soberano, esto sucedió con diferentes grupos existentes en diversas partes del globo terráqueo, grupos que eran considerados como fuertes o de gran lucha; como por ejemplo los que tenían como objetivo el derrocamiento del Rey por considerar que este no respetaba sus derechos, si es que en algún momento los llegaban a tener; por lo que de alguna manera el Rey tenía que ejecutar sus propias Leyes, con el fin de que el pueblo no se levantara en su contra.

1.4 EL PERIÓDO HUMANITARIO.

“Es una ley física que toda acción corresponde una reacción de igual intensidad pero en sentido contrario a la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y en general de los sistemas penales, la tendencia humanitaria de antecedentes muy remotos tomó cuerpo hasta la segunda mitad del siglo XVIII con Sergio Bonassana, Márquez de Beccaria,

aún cuando no debe desconocerse que también propugnaron por este movimiento Montesquieu, D'Alembert, Voltaire, Rousseau y muchos más.¹³

César Bonassana, Márquez de Beccaria escribió acerca de este tema, de gran trascendencia para el derecho Penal en todo el mundo; en el año de 1764, se realiza una publicación de forma anónima titulada *Dei Deliti e Delle Pene*; en donde él hace una crítica demoledora de los sistemas empleados, para castigar a los delincuentes o aquellos que no respetan las Leyes del soberano, plantea que se pugne la exclusión de suplicios, así como también las crueldades realizadas, por ser estas innecesarias, se propone sobre una certeza de las penas, de tal forma que se supriman los indultos, es decir, que se va a castigar al delincuente con justicia, tomando como punto de partida de ésta, el previo estudio de la peligrosidad del delincuente, que haga el estado a través de todas y cada una de sus instituciones encargadas de realizar el citado estudio de peligrosidad del sujeto activo del delito. Por lo que hoy en nuestros días, es una prueba que es solicitada por el Agente del Ministerio Público adscrito a los juzgados penales del Estado de México, así como del Distrito Federal para que se determine a través de un especialista la peligrosidad de dicho delincuente, dicha prueba va aparejada de la pericial en materia de criminología, que de igual manera que de la anterior es solicitada por el Ministerio Público y que es practicada por el perito.

" Simultáneamente con Beccaria, Jhon Howard, en Inglaterra tras dolorosa experiencia vivida en las prisiones de los piratas, dedico su existencia a ser lo que se ha llamado la geografía del dolor; a inspeccionar y

¹³ Ibid. Pág. 34-35

describir las prisiones inglesas, primero y las continentales después, promoviendo un movimiento de estupor y de vergüenza que dio origen a la escuela clásica penitenciaria. La obra de Howard es recogida en su libro; Estudio de las Prisiones en Inglaterra, en Gales y Europa. La muerte del Filántropo cuando visitaba las prisiones de Crimea, en Cherson (1790) conmovió profundamente a su tiempo, pero fue la obra de Howard lo que dio nacimiento a la moderna Penología.¹⁴

Algunos de los puntos más importantes del libro de Beccaria son los siguientes:

- 1.- El Derecho de castigar y sancionar, se va a dar a través del contrato social, en ese sentido la justicia tanto divina como humana serán independientes la una de la otra.
- 2.- La Pena será aplicada conforme a lo que establezcan las leyes y será por medio de Juez quién es el que la va a pronunciar.
- 3.- Toda pena será pública, pronta y necesaria, las cuales no deberán ser atroces, y si por el contrario estar en forma proporcional con la acción cometida.
- 4.- El Juez por no tener el carácter de Legislador se ve mermado en su interpretación de la Ley.
- 5.- El fin de toda pena, es en el sentido de que el delincuente no vuelva a delinquir, además de ser ejemplo hacia los otros hombres.
- 6.- La pena de muerte tendrá que ser excluida y prohibida, por ser una pena injusta; ya que el contrato social, nunca la aceptara y mucho menos

¹⁴ CARRANCA Y TRUJILLO. Raúl, Op cit. Pág.102

autorizara, por que el mismo hombre no tiene ningún derecho de privar de la vida a otro semejante, por no pertenecerle esa vida.

A Beccaria se le considera por algunos autores como el iniciador de la escuela clásica, además de ser el apóstol del Derecho penal renovado, el cual se dio en la era humanitaria y romántica.

Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁵ Esgrime respecto al principio de humanidad: Hay un general principio de racionalidad, que exige cierta vinculación entitativa entre el delito y su consecuencia jurídica, pero este principio se vincula íntimamente con el principio de humanidad, que se reduce de la proscripción de la pena de azotes y de toda forma de tormento, es decir, de las partes crueles. Justamente el antónimo de la pena cruel, es la pena racional. Del principio de humanidad se deduce la proscripción de las penas crueles y de cualquier pena que desconozca al hombre como persona. El párrafo segundo del artículo 5 del Estatuto de Derechos Humanos establece que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. A esta consecuencia contribuye también el principio de soberanía popular, puesto que éste necesariamente presupone que cada hombre es dotado de autonomía ética por el mero hecho de ser hombre, es decir, que por esa circunstancia es capaz de elegir entre el bien y el mal y decidir al respecto.

El principio de humanidad es el que dicta la inconstitucionalidad de cualquier pena o consecuencia del delito, que cree un impedimento físico de por vida (muerte, amputación, castración, esterilización, intervención neurológica, etc.) como también cualquier consecuencia jurídica imborrable

¹⁵ RAUL ZAFFARONI, Eugenio. Op cit. Pág. 145-146

del delito. Como veremos oportunamente con más detalle, la República puede tener hombres sometidos a pena pagando sus culpas, pero no puede tener ciudadanos de segunda, sujetos considerados afectados por una "Capitis diminuto por vida". Toda consecuencia jurídica de un delito, sea o no una pena debe cesar en algún momento por largo que sea el tiempo que deba transcurrir, pero no puede ser perpetua en el sentido propio de la expresión.

Una pena no puede ser cruel en abstracto, es decir, en consideración a lo que tiene lugar en la generalidad de los casos, pero, bien puede plantearse el problema de que sea cruel en el caso concreto. Esto puede suceder, por ejemplo, si la mujer del criminalizado se halla enferma y los hijos abandonados y sin recursos, si el criminalizado ha contraído una enfermedad grave o tiene próxima la muerte, si ha sufrido un accidente o una violencia carcelaria grave, etc.

1.5. ETAPA CIENTIFICA.

CASTELLANOS TENA ¹⁶, comenta que desde que se comienza a sistematizar en los estudios sobre materia penal, puede hablarse del período científico. Esta Etapa en rigor se inicia con la obra del Márquez de Beccaria y culmina con la de Francisco Carrara quién, como se vera en temas posteriores, es el principal exponente de la escuela Clásica del derecho Penal.

Sigue comentando el autor que, algunos autores señalan, como principio del Periodo científico, la doctrina de los positivistas de fines de la

¹⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op cit. Pág. 36-37

pasada centuria; no obstante tales estudios no forman propiamente parte del derecho penal, según se demostrara en su oportunidad; los positivistas confeccionaron ciencias causales explicativas de la criminalidad, pero no de derecho normativo por esencia. Por otra parte, para la existencia de un conocimiento científico basta con perseguir un fin o una verdad en forma ordenada y sistemática; tal cosa ocurre a partir de la obra admirable del Márquez de Beccaria; en consecuencia, es desde entonces cuando surge el Periodo Científico. Sin embargo ya antes de Beccaria hubo inquietud por el estudio de los problemas del derecho penal y se hicieron algunas sistematizaciones para tratar de resolverse convenientemente.

Carrancá y Trujillo¹⁷, en consecuencia considera, tal honda transformación en la justicia penal ha venido a caracterizar un nuevo periodo en el que, considerando el delito como efecto de complejos factores, el delincuente es el objeto de la máxima preocupación Científica de la justicia. El delito es una manifestación de la personalidad del delincuente y hay que adaptar a éste a la sociedad corrigiendo sus inclinaciones viciosas, tal corrección es el pivote sobre el cual gira este nuevo periodo. La pena como sufrimiento carece de sentido; lo que importa es su eficacia, dado aquel fin.

Considera el autor, si el humanitarismo, dirigido por la escuela que se denomina Clásica, humanizo las penas la Historia de la pena, como dijo Hering, es una abolición constante y garantizo derechos básicos de la personalidad humana frente a las arbitrariedades del poder, edífico, no obstante, su sistema sobre una concepción abstracta del delito. Las ciencias

¹⁷ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Op cit, Pág.102-103

criminológicas vinieron luego a iluminar el problema hasta su fondo y a caracterizar el nuevo periodo en el que la personalidad compleja del sujeto es lo que destaca en el primer término del panorama penal.

Beccaria fue seguidor de Rousseau en cuanto a sus ideas contractualistas y de ello se deriva como necesaria consecuencia el principio de la legalidad del delito y de la pena. Consideraba que las penas debían ser proporcionadas al daño social causado. Rechazaba duramente la crueldad insucitada de las penas de su época y la tortura, que era el medio de prueba más usual. Sostenía que debía de abolirse la pena de muerte, salvo en los delitos que ponían en peligro la vida de la nación.¹⁸

Se dice que la obra del Márquez de Beccaria, se tradujo rápidamente a varias lenguas, lo cual trajo como consecuencia que influyera en las reformas penales que, realizaron los déspotas ilustrados de su tiempo. Como por ejemplo Voltaire, que asumió la defensa postmortem de un protestante francés, Juan Calas, que fue acusado de asesinar a su hijo, por haberse querido convertir al catolicismo, quien fue condenado a la rueda, todo esto trajo como resultado, que en Francia, al llegar la obra de Beccaria, Voltaire la difundiera; Por lo cual, en su tiempo desaparecieron las penas atroces de la legislación.

Francisco Carrara - escribe Raúl Zaffaroni¹⁹; (1805-1888) fue profesor en Pisa, donde ocupó la cátedra de Carnignani, del que fue discípulo, y donde publicó su obra cumbre ". Programa del curso de Derecho Criminal" que, junto con sus "Opúsculos de Derecho Criminal", constituyen

¹⁸ RAUL ZAFFARONI, Eugenio, Op Cit. Pág. 227

¹⁹ Ibid. Pág. 228-229

lo más destacado del derecho penal de su época. Suele llamarse a Carrara el "Maestro de Pisa" y también el " Sumo Maestro del Derecho Penal".

Continúa expresando Zaffaroni, que para Carrara la ciencia penal está al servicio de la libertad del hombre: "El derecho es la libertad." La ciencia criminal bien atendida es, pues, el supremo Código de la libertad, que tiene por objeto sustraer al hombre de la tiranía de los otros y ayudarlos a librarse de la tiranía de sí mismo y de sus propias pasiones.

Por lo tanto algunos autores del derecho penal, como por ejemplo a Ferri, se le ocurrió, considerar a Beccaria como el fundador de la Escuela Clásica, y a Carrara como su máximo exponente.

1.5.1 LA ESCUELA CLÁSICA.

Se dice que esta escuela, nace con el tratado de los delitos y las penas, y como su fundador el Márquez de Beccaria y posteriormente finaliza con la obra de Francesco Carrara; la cual se fue enriqueciendo conforme iba evolucionando, a través de los estudios de diferentes juristas de la época como es Carnignani, Rossi, por mencionar algunos. Por otro lado Juan P. Ramos, considera que en la Escuela Clásica, existe una evolución jurídica, la cual va, del pensamiento de Beccaria, así como del mismo Carrara. La escuela Clásica tenía como característica ser eminentemente práctica, pero no olvidándose de lo teórico.

Considera Juan P. Ramos, que bajo el nombre de Escuela Clásica, no existe un conjunto unitario de materias, pues si se analiza ésta y al mismo tiempo las obras de los clásicos, encontramos que entre éstas, existen puntos divergentes.

El nombre de Escuela Clásica, según Florian, fue designado por el mismo Francesco Carrara, otros refieren que fue precisamente Ferri, quien le dio tal denominación a esta escuela, ya que lo hizo en un sentido peyorativo, pues dichas doctrinas, no se adaptaban a las nuevas ideas, ya que el mismo Ferri, citado por Jiménez de Asúa, quiso identificar a dicha escuela con lo viejo y caduco de la época.

Los caracteres de la Escuela Clásica, se resumen de la siguiente manera:

1).- Una metodología basada en la lógica abstracta. Deductivo y apriorístico.

2).- Se considera al delito no como hechos, sino más bien como ente jurídico.

3).- Considera a la Responsabilidad Penal, que estaba basada en la conducta libre.

4).- La pena era considerada como un castigo, como sanción de un mal con un mal.

Algunos Juristas de la época, como por ejemplo Florian, criticaban esta Escuela toda vez que la misma no tomaba en cuenta al delincuente, y si lo hacían, era a través de los demás hombres que no eran delincuentes, ya que se dice, que la escuela clásica, no necesitaba al delincuente en su construcción Jurídica.

"Ignacio Villalobos, escribe Castellanos Tena²⁰; Sostiene, acertadamente en nuestro criterio, que como pertenece el derecho al campo

²⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op cit. Pág. 56-59

de la conducta de los individuos, en relación con la vida social y tiene propósitos ordenadores de esa conducta, resulta eminentemente finalista; por ende el método que lo ha de regir todo, desde la iniciación de las leyes hasta su interpretación y forma de aplicación necesariamente será teleológica, para estudiar adecuadamente, los diversos problemas que se presentan sobre los conflictos de leyes, lugar y tiempo de la acción, causalidad del resultado y otros mas que no pueden ser resueltos satisfactoriamente por distintas vías.

Por otro lado considera que mucho se le censuro a la Escuela Clásica el empleo de métodos deductivos de investigación científica pero en verdad el derecho no puede plegarse a los sistemas de las ciencias naturales por no ser parte de la naturaleza y no someterse a sus leyes. En la naturaleza los fenómenos aparecen vinculados por nexos causales, por enlaces forzosos, mientras que el derecho esta constituido por un conjunto de normas; se presenta como la enunciación que estimamos debe ser, aún cuando tal vez de hecho, a veces quede incumplido. Mientras que las leyes naturales son falsas o verdaderas, según su no-coincidencia o su perfecta adecuación con la realidad, las normas postulan una conducta que, por alguna razón, estimamos valiosa a pesar de que en la practica puede ser reproducido un comportamiento contrario. Precisamente por no contar esa conducta con la forzosidad de una realización, se le expresa como un deber. Lo enunciado por las leyes naturales tiene que ser; lo prescrito por las normas debe ser. Con esto queda plenamente demostrado que el derecho no mora en el mundo de la naturaleza y por consiguiente, al decir que Luis Ricasens Siches, cuyas

ideas en lo sustancial siguen en este punto, quien permanezca encerrado dentro del ámbito de las ciencias naturales y maneje exclusivamente sus métodos, jamás llegara a enterarse ni lejos, de lo que el Derecho sea.

Considerado a Francisco Carrara, quien refiriere que para que el delito exista, precisa de un sujeto moralmente imputable, que el acto tenga un valor moral; que derive de él un daño social y se halle prohibido por la ley positiva; la Escuela Clásica mira perfectamente la acción criminosa, al delito mismo, con independencia de la personalidad del autor, esto llega a ser para Carrara una especie de garantía Individual al afirmar; el Juez compete para conocer de la maldad del hecho, no puede tener en cuenta la maldad del hombre, sin rebasar el limite de sus atribuciones.

Sigue diciendo Castellanos Tena, a raíz del positivismo sé abandonaron los lineamientos clásicos erróneamente que se trabaja en el campo jurídico. En la actualidad los estudiosos del derecho han dejado a un lado los sistemas positivistas para seguir con los caminos construidos anteriormente por la Escuela Clásica, únicos capaces de conducir al reino de lo jurídico.

Jiménez de Azua, escribe castellanos Tena ²¹, citando a Carrara, quien creyó que su doctrina era inatacable. Y de tan perfecta que era, como todo lo perfecto, llevaba en sí la caducidad. Ya no era futuro si no presente, y por tanto, futuro ido, y a pasos agigantados pasados, residuo: una revolución la

²¹ Idem, pág. 59

descoyunto, la enterró, aunque como en los espectros de ibesen, vuelva luego, Y su vuelta de mas vigor a lo reencarnado; pero la revolución fue terrible, se llamo el positivismo.

1.5.2. LA ESCUELA POSITIVA .

Carranca y Trujillo²², dado un esquema de las direcciones fundamentales de la escuela positiva podemos trazarlo asi :

1.-El verdadero vértice de la justicia penal es el delincuente . Autor de la Infracción , pues esta no es mas que un sintoma revelador de su estado Peligroso.

2.-La sanción Penal, para que derive del principio de la defensa social, debe estar proporcionada y ajustada al "estado peligroso" y no a la gravedad Objetiva de la infracción: El método filosófico jurídico es el inductivo experimental.

3.-Todo infractor , responde moralmente o no tiene responsabilidad legal si cae bajo el campo de la ley penal .

4.-La pena tiene una eficacia muy restringida ; importa mas la prevención que la represión de los delitos y, por tanto, las medidas de seguridad importan mas que las penas mismas .

²² CARRANCA Y TRUJILLO, Rnul, Op cit. Pág. 158-159.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

5.-El Juez tiene la facultad para establecer una sanción en forma indeterminada , según sea el infractor .

6.-El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles; por tanto el régimen celular absoluto y las penas cortas de privación de libertad son contra producentes; la pena es pues, defensa y reeducación.

Comenta el Autor , en cuanto al método criminológico, mientras que la escuela clásica exhorta a los hombres a conocer la justicia; la Escuela Positiva exhorta a la justicia a conocer a los hombres (VAN HAMMEL). Y así es como, a partir del proyecto del Código Suizo de Stoos (1892), el centro de gravedad de la fusión punitiva ha pasado a ocuparlo el delincuente, con su integridad expuesta por su delito; quedando consagradas en el arbitrio Judicial para la individualización de las penas, el perdón judicial, la condena judicial y el derecho penal de los menores. La formula sintética en el que se resume el positivismo criminal se expresa diciendo; no hay delitos si no delincuentes; formula perfeccionada con la adición Prógmatica: No hay delincuentes si no hombres: Por lo que Jiménez de Asúa establece que el estudio de la peligrosidad impone agotar los siguientes capitulos: 1.- El estudio de la personalidad del delincuente bajo su triple aspecto antropológico, Psíquico y moral 2.- El de la vida anterior al hecho delictivo, 3.- El de la conducta posterior al hecho delictivo, 4.- El de la naturaleza misma de los móviles o sea la calidad de los motivos, y 5.- El hecho antisocial, el hecho delictivo que precisamente se presenta como peligro para

la sociedad. De donde se ve que el derecho penal, mas que ser de la protección de o de los inter homines, han pasado a convertirse en la exigencia de un perfeccionamiento dentro del sujeto mismo o interiore homine.

El fundamento principal de la Escuela Positiva se encuentra en la defensa social, pero esto, no quiere decir, que sea su primordial sustentación, ya que esta tiene otros fines; uno de ellos es que la pena es en forma muy concreta, se trata de imposibilitar al infractor, a que cometa nuevos delitos, esto es, que el sujeto activo al desplegar diversas conductas, no dañe el bien jurídico tutelado por las normas, cualesquiera que sean estas; por otro lado también se trata de mejorar la calidad de persona del delincuente, es decir, de reintegrarlo a la vida social, alejarlo de que pueda seguir delinuyendo; esto es de lo que versa la defensa social.

Considerando que la defensa Social, no es ningún tipo de venganza, por que esta rechaza todo tipo de pena que no se encuentre justificada por el Estado, ya que trata de que haya un estado de conservación en la sociedad, la que por ningún motivo tiene que alterarse, prevaleciendo en todo momento la paz, la justicia, etc.

En consecuencia, Castellanos Tena²³, considera que el método en el positivismo, todo el pensamiento científico debe descansar precisamente en la experiencia y en la observación, mediante el uso del método inductivo, pues de lo contrario las conclusiones no pueden ser consideradas exactas; la

²³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op cit. Pág. 62-64

ciencia requiere, de modo necesario partir de todo aquello que sea capaz de observarse sensorialmente. Si el positivismo surgió como una consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales, es claro que se haya caracterizado por sus métodos inductivos de indagación científica, a diferencia de los deductivos hasta entonces empleados preferentemente; el camino adecuado para la investigación en el reino de la naturaleza es la observación y la experimentación, para luego inducir las reglas generales.

Si bien para toda ciencia de la naturaleza, cuyo fin es conocer las cosas y los fenómenos e indagar sus causas inmediatas y las leyes a las que se hallan sometidas, es imprescindible el método experimental, no resulta así, en cambio, para el Derecho, por no ser ciencia de la naturaleza y diferir radicalmente de toda disciplina que tiene a ésta por objeto .

Por otra parte, dice que los principales exponentes de la Escuela Positiva del Derecho Penal. De entre los fundadores de la Escuela Positiva del Derecho Penal, destacan principalmente los pensadores italianos César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo. Para César Lombroso, el criminal es un ser atávico, con regresión al salvaje; el delincuente es un loco, un epiléptico. Ferri modifica la doctrina de Lombroso al estimar que si bien la conducta humana se encuentra determinada por instintos heredados, también debe tomarse en consideración el empleo de dichos instintos y ese uso está condicionado por el medio ambiente; el delito concurren, pues, igualmente sus causas sociológicas. De la trilogía de los grandes maestros del positivismo penal Garófalo es el jurista; pretende dar contextura jurídica a las concepciones positivistas y produce la definición del delito natural.

Al realizar una crítica, Castellanos Tena, respecto de lo que fue la Escuela Positiva, refiere que ésta ha caído en desuso como sistema jurídico, porque más que haber creado derecho, crearon ciencias naturales, a pesar de haber creído sus creadores que construyeron la parte jurídica.

“Resultado de la controversia doctrinal entre las escuelas. Las escuelas Penales adoptan posiciones a veces irreconciliables, sobre todo la Clásica y la Positiva. Sin embargo, una y otra no son sino períodos sucesivos de elaboración de la filosofía penal; a la Clásica corresponde uno importantísimo, ligado a los derechos sustantivos de la personalidad humana, en tanto que a la Positiva el haber logrado enfocar los problemas eternos del delito desde nuevos ángulos de contemplación y como consecuencia del progreso de las ciencias todas: las médicas, las sociológicas, las jurídicas.”²⁴

“Jamás hubo una “escuela clásica”, como no sea en la invención de Ferri, pero hubo un enfrentamiento entre los positivistas y quienes no compartían sus puntos de vista. En la misma Italia, Luigi Luchini trataba a Ferri de “simplista del derecho penal”, en tanto que Ferri le motejaba “espiritista del derecho penal”. En medio de este enfrentamiento, salieron al cruce autores que trataron de lograr una síntesis entre ambas posiciones políticas y filosófico-penales. Se suele llamar a estos autores la “Tercera Escuela” (Terza scuola): “Sabatini, Carnevalle, Impallomeni, Alimena.”²⁵

²⁴ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Op cit. Pág. 162

²⁵ RAUL ZAFFARONI, Eugenio. Op cit. Pág. 252-253.

1.5.3 LAS TENDENCIAS ECLÉCTICAS.

"a).- Eclecticismo francés (Rossi dice que la ley moral es la fuente, y la medida, la utilidad; Ortolan, Trebutiemn Haus, Pacheco);

b).- Eclecticismo italiano (Carnignani: utilidad y justicia; Carrara: necesidad y justicia); y

c).- Eclecticismo alemán (Mittermaier, Mayer)²⁶

Rodríguez Manzanera²⁷ expone: De la lucha entre los juristas "puros", reunidos en la Escuela Clásica (quizá más propiamente "Neoclásica") y los representantes de la Escuela Positiva surgen una serie de intentos de conciliación sea aceptado parcialmente los postulados de cada una, sea tratando de combinarlos.

Esgrime el autor, de hecho no hay una Escuela Clásica, sino varias escuelas reunidas en esta corriente. Considera que, difícilmente se puede considerar como escuelas originales, sino como corrientes intermedias que toman fundamentos y métodos de una y otra parte. Se dice que tanto la Escuela Clásica como la positiva imponían sus conceptos en bloque, era difícil renunciar a algún principio sin renunciar a los demás, se trata de dos esquemas cerrados, de una construcción casi perfecta, donde un concepto lleva lógicamente a los demás; el valor de la corriente ecléctica radica en su esfuerzo por romper esos esquemas monolíticos y crear algo diferente.

Evidentemente, esta corriente recibió feroces ataques tanto de los neoclásicos (Saleilles, Cuche, Donnedieu de Vabres) como de los positivistas, principalmente Ferri, que las calificó de "meteoros de corta

²⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Lecciones de Derecho Penal, Volumen Siete, Ed. Harla. Pág. 23

²⁷ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología, Sexta Edición, Ed. Porrúa. Pág. 244-245

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

duración". En las diversas Escuelas Eclécticas hay una gran cantidad de matices, algunas se cargan más al positivismo, otras al clasicismo.

El suscrito considera, que las tendencias eclécticas surgen en base a la discusión entre pensadores clásicos y positivistas, determinando que cual de las dos escuelas es la más exacta y eficiente, en el descubrimiento del delincuente en un hecho antisocial o delictivo, además de que hoy en día aún existen residuos de las dos posturas penales, ello porque en la práctica, los abogados postulantes siempre tratarán de mediar entre lo bueno y lo malo de la acción del sujeto activo.

Por tanto el eclecticismo, surge como una Escuela Filosófica que procura conciliar las doctrinas que parecen mejores, o más verosímiles, de diversos sistemas penales.

1.5.3.1 LA TERCERA ESCUELA.

La Tercera Escuela surge a raíz de la controversia existente entre los pensadores clásicos y los pensadores positivistas, para tratar de corroborar cual de las dos corrientes resultaba ser más clara, precisa y explicativa, partiendo desde el punto de vista de la persona del delincuente, además tomando en consideración las penas y medidas de seguridad, como medios correctivos.

"La Escuela del Positivismo Crítico o Terza Scuola (denominada tercera escuela para distinguirla de la clásica y de la Positiva, que cronológicamente ocuparon el primero y segundo lugares) encuentra su formación esencialmente en los estudios de Alimena y Carnevale y

constituye una postura ecléctica entre el positivismo y la dirección clásica; admite de aquél la negación del libre albedrío y concibe el delito como fenómeno individual y social, inclinándose también hacia el estudio científico del delincuente, al mismo tiempo que preconiza las conveniencias del método inductivo. Rechaza la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad moral; distingue entre delincuentes imputables e inimputables aún cuando niega al delito el carácter de un acto ejecutado por ser dotado de libertad.”²⁸

Rodríguez Manzanera²⁹ expone, se dice que los italianos han inventado cuatro veces el Derecho Penal: La primera con el imperio de Roma, al realizar la gran obra jurídica; la segunda con Beccaria, al decir al hombre: “Ve y cumple el Derecho”; la tercera con Lombroso, Ferri y Garófalo, al decir al Derecho: “Ve y estudia al hombre” y la cuarta al tratar de reunir y conciliar los conceptos anteriores para fundar la “Tercera Escuela” de Derecho Penal.

Emmanuele Carvanele –escribe Rodríguez Manzanera- “Una Terza Scuola di Diritto Penale in Italia” (1891). Basa la responsabilidad en salud, pero para el inimputable es necesario tomar medidas de seguridad. Considera el delito desde el punto de vista jurídico, pero tomando en cuenta desde luego sus aspectos sociológicos y antropológicos.

Sigue opinando el autor en consulta, que se prescinde del libre albedrío pero acepta la responsabilidad moral. Afirma la autonomía del

²⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando., Op cit. Pág. 69.

²⁹ Idem. Pág. 245-246

Derecho Criminal frente al atropó-sociologismo criminológico y al excesivo tecnicismo jurídico. Por su parte Bernardino Alimena, en sus " Note filosofiche di un criminalista" (1911), busca coordinar los aciertos de positivistas y clásicos. Funda la imputabilidad sobre la dirigibilidad; basta que la acción sea querida por el sujeto. La naturaleza de la pena debe ser la coacción psicológica acompañada del sentimiento de reprobación moral causada por el delito. Los presupuestos comúnmente aceptados por la Escuela Ecléctica italiana.

Los principales enunciados de la Terza Scuola son:

- **Distingue Derecho Penal de Criminología (y demás ciencias afines), en cuanto al método, que en el primero debe ser lógico-abstracto, mientras que en la segunda debe ser causal-explicativo.**
- **Se considera el delito como un fenómeno complejo, producto de factores endógenos y exógenos. Se debe observar el delito como un fenómeno social naturalmente causado.**
- **Rechazan las clasificaciones positivistas del delincuente, pero aceptan que existen delincuentes ocasionales, habituales y anormales. No aceptan el "tipo" criminal.**
- **Deben existir tanto penas como medidas de seguridad. Este es otro de los avances notables de la situación de compromiso; se rechaza la "pena vindicativa" de los clásicos sin aceptar la "sanción" generalizada de los positivistas.**
- **Se conserva el concepto de responsabilidad moral aceptando al mismo tiempo de peligrosidad o temibilidad.**

- No aceptan ni el determinismo absoluto ni el libre arbitrio total. Para ellos debe prescindirse del fundamento del libre albedrío pero manteniendo la tradicional responsabilidad moral.

La finalidad de la pena es no tan sólo el castigo, la retribución, sino también correctiva y educativa. Debe ser pena-readaptación.

El delito priva la causalidad no la fatalidad, la imputabilidad está basada en la dirigibilidad, de los actos del hombre.

La naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica, por tanto imputables son aquellos con capacidad para sentir la amenaza de la pena.

Podemos concluir por tanto, que ésta Tercera Escuela trajo consigo avances significativos, por un lado establece que deben existir tanto penas como medidas de seguridad. Considerar que el delincuente es habitual, ocasional y anormal, el cual al ser sancionado por el Estado, debe recibir una pena justa, y que ésta también tiene que ser de forma educativa y correctiva, para que tenga una readaptación en la sociedad, y vuelva a su vida gregaria, ya que hay que recordar que el objetivo primordial de toda sanción o de pena, es precisamente que el individuo o sujeto activo se reintegre a su comunidad, la cual había sido violentada por su hecho antisocial, es decir, que una vez que la persona después de cierto tiempo que pasó encerrado en un centro de readaptación social, se haya recuperado psicológica, moral y socialmente del delito que cometió, y que por ningún motivo vuelva a delinquir.

1.5.3.2. LA ESCUELA SOCIOLOGICA.

El más grande representante de ésta escuela lo es Franz Von Liszt, quien fue un eminente penalista, de la centuria pasada, quien manifestó que el delito no se da como consecuencia de la libertad humana, sino que se produce a través de factores físicos, sociales, individuales, educativos, económicos, entre otros. Considera que la pena siempre va existir, ya que gracias a ésta, siempre tendremos seguridad en nuestras vidas sociales, ya que su objetivo primordiales la conservación del orden jurídico, así como también la paz en la sociedad.

“Franz von Liszt atacó la teoría de la pena como retribución y sostuvo que la pena tiene un contenido teleológico preventivo, general y especial, pero insistiendo particularmente en su función de prevención especial, es decir, sobre su accionar terapéutico sobre el delincuente mismo”.³⁰

“Von Liszt llegó a desconfiar de la dogmática jurídica, como ciencia reduciéndola a la categoría de una práctica para juristas. Considera que los intereses defendidos por el derecho penal eran los individuales y los defendidos por la política criminal los sociales. Debido a ello concebía a la política criminal en un permanente enfrentamiento con el derecho penal, que era la “Carta Magna del delincuente”. El delito era para Liszt un producto

³⁰ RAUL ZAFFARONI, Eugenio, Op cit. Pág. 256

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

social y la antijuricidad un daño social. Negaba la autodeterminación y, por ende, fundaba la responsabilidad penal sobre la "normal motivación" o posibilidad de "normal motivación" del delincuente. Por lo que a la política criminal respecta, el programa de Liszt consistía en el ataque a la delincuencia mediante el estudio científico de sus causas."³¹

La Dirección Técnico-Jurídica.

Los máximos exponentes de esta concepción, fueron principalmente Rocco, Manzini, Massari, Battaglini, Vannini, etc., considerando al Derecho Positivo como el objeto de una ciencia jurídica, como por ejemplo el Derecho Penal, el cual no debe sustentarse únicamente en la investigación de principios filosóficos.

"El Derecho Penal ha de reducirse al conocimiento de los delitos y de las penas, como fenómenos regulados por el ordenamiento positivo. La pena es un instrumento de conformidad con las exigencias de la técnica, para lograr no únicamente la prevención general o especial, sino la readaptación del delincuente en esa forma, la pena cumple su función defensora del orden jurídico."³²

Cuello Calón - escribe Castellanos Tena - ³³, la dirección técnico-jurídico, no aspira a la indagación filosófica de un Derecho Penal natural ni a la formación del Derecho Penal del porvenir, su objeto limitase al Derecho Positivo vigente a elaborar técnicamente los principios fundamentales de sus instituciones, y a aplicar e interpretar ese Derecho.

³¹ Ibid. Pág. 257

³² CASTELLANOS TENA, Ernando. Op cit. Pág. 71-72

³³ Idcm. Pág. 72

“Florián clasificó esta tendencia como clásica. Ferri la llamó neoclásica y Crispigni la incluyó en el grupo de la Terza Scuola.”³⁴

Como se ha visto, existe por una parte la necesidad de separar esa tendencia meramente técnica, de la ciencia del deber ser en derecho, la cual recibe el nombre de dogmática-jurídica, la que no esta por ningún motivo apartada de la filosofía del derecho. Por otro lado se ha considerado a la escuela alemana como la máxima expositora de la dogmática, en ese orden de ideas no se debe hablar de una escuela Dogmática-jurídica, sino más bien considerar que la dogmática es la ciencia del derecho.

³⁴ JIMENEZ DE ASÚA, Luis, *Op cit*, pág. 36

CAPITULO SEGUNDO

CAPITULO II. TEORIA DEL DELITO.

- 2.1. - LA DEFINICIÓN DEL DELITO.*
- 2.2. - ETIMOLOGICA.*
- 2.3. - NOCIÓN SOCIOLOGICA*
- 2.4. - NOCIÓN JURÍDICO FORMAL.*
- 2.5. - NOCIÓN JURÍDICO SUSTANCIAL*
- 2.6 - LA TEORÍA CAUSAL DE LA ACCION*
- 2.7 - TEORÍA DE LA ACCION FINALISTA*
- 2.8 - ELEMENTOS DEL DELITO.*

2.1. DEFINICION DEL DELITO.

El delito en la Escuela clásica, era considerado como : la infracción de la ley del Estado Promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso, en ese sentido podemos apreciar que esta escuela se colocó en un plano realmente Jurídico.

En la Escuela Positiva, el delito, según Rafael Garófalo, este celebre e ilustre Jurista, distinguía el delito natural del delito legal o jurídico; ya que menciona que el primero es: la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad: Consideró como delito artificial o legal, los actos humanos que violan únicamente la ley penal, y no se interesan por los sentimientos; de tal suerte que esta definición resulta ser netamente sociológica.

En la actualidad, la definición del delito es siempre y en ocasiones el resultado de un silogismo que se encuentra ya preestablecido y del cual muchos doctrinarios lo consideran como aquel que es penado por la ley, concretamente el Código Penal de cada Entidad Federativa, el delito se da

como la no-aceptación del derecho y de las leyes o normas Jurídicas que van a vigilar la seguridad, el orden y la paz social entre las personas de una misma sociedad, por lo tanto el delito es aquella acción dolosa culposa y preterintencional, es decir, el delito, puede darse por acción, omisión y por comisión por omisión, según, lo establece nuestro Código Sustantivo de la Materia vigente en la entidad, siendo este una conducta antijurídica y culpable.

Algunos Doctrinarios en la materia, han tratado de dar una definición mas acertada de los que es el delito, partiendo desde el punto de vista de su realización y de su materialización, ya que el delito doloso, es aquel que se va a provocar intencionalmente y es un resultado querido por el infractor, es culposo, cuando se da a través de la negligencia, imprevisión, impericia falta de precaución y de reflexión o de cuidado; es preterintencional, cuando se causa un daño que va mas allá de la intención, y que no fue previsto, ni querido por su autor y cuando el medio empleado no sea idóneo para que se de ese resultado.

Por otro lado no es dable que se haga una sola concepción de lo que es el delito y que sea de manera universal, si no que mas bien el delito surge a medida de que la sociedad va cambiando su forma de vida y de desarrollo, y la relación que tengan los integrantes mismos, es decir, si un pueblo determina en su tiempo que cierta acción era considerada como delito, pero que en la actualidad esa misma acción dejo de ser prohibida, debido al desinterés de la misma colectividad, y por el contrario situaciones que en

tiempos pasados no eran considerados como delitos, en la actualidad los legisladores se han visto en la necesidad de regularlas y reglamentarlas creando desde luego nuevos ordenamientos legales, no sin antes abrogar los que quedaron obsoletos o sin uso, esto debido al propio interés que el pueblo ha demostrado de manera inquietante; es por ello que el delito va cambiando en la medida en que la sociedad o pueblo se vaya modificando y encontrando otras formas de vivir y desarrollar sus actividades.

Ernesto Beling, escribe Jiménez de Asúa define al delito: como la Acción típica, Antijurídica, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad: Por su parte Max Ernesto Mayer, define al delito como acontecimiento típico, antijurídico e imputable.

Del concepto antes Citado se puede deducir, que para ser delito ese acto necesita reunir que sea; una acción descrita objetivamente en la ley, es decir, tipificada contraria al derecho y que exista antijuridicidad; dolosa o culposa, es decir, que medie culpabilidad, sancionada con una pena y que se den las condiciones objetivas de punibilidad.

Moderadamente se han formulado numerosas definiciones del delito: es la infracción de un deber exigible, en daño de la sociedad o de los individuos (ROSA), es un ente jurídico constituido por una relación de contradicción entre un hecho y la ley; es una disonancia armónica; es la Infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso (CARRARA); es una violación de un derecho (FRANK), es la violación de un derecho o de un deber (TARDE); no es solamente la oposición al deber (WUNDT,

WULFFEN); es, desde el ángulo Histórico, toda acción de la conciencia ética de un pueblo considerada merecedora de la pena, en determinado momento Histórico todo acto que ofende gravemente el orden ético y que exige una expiación consistente en la pena (JOSÉ MAGGIORE).³⁶

2.2. ETIMOLOGICA.

" La palabra delito deriva del verbo latino DELINQUERE, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley"³⁷

"La palabra delito deriva del supino delictum del verbo delinquere, a su vez compuesto de linquere dejar y el prefijo en la connotación peyorativa, se toma como linquere vial o recta vial: Dejar o abandonar el buen camino: Por esta razón el máximo manifestante de la Escuela Clásica, Francisco Carrara escribió que el delito es el abandono de la ley."³⁸

2.3. NOCION SOCIOLOGICA.

Para poder explicar y analizar la problemática del delito, desde luego, se tiene que tomar en consideración los diversos factores como son tipo: social, cultural, familiar, y económico, los que trataran a continuación:

El Primer Factor es el sexual, ya que a través del tiempo nos hemos percatado que el sexo masculino tiende a delinquir con mayor facilidad que el sexo femenino, por tanto el hombre es el que comete mas delitos que las propias mujeres esto se puede explicar desde el punto de vista de su

³⁶CARRANCA Y TRUJILLO ,Raúl .op. Cit.pag.220-221

³⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Cit. Pag. 125.

³⁸ NAVARRETE Rodríguez, David, Comentarios Doctrinales Jurisprudenciales.pag 52.

condición natural; pero en la actualidad la mujer ha tenido mayor participación en hechos delictuosos, debido a su propia sexualidad, como por ejemplo: cuando la mujer esta en etapa de Menstruación, embarazo, parto, lo cual repercute considerablemente sobre su situación Psíquica y a través de ello en su conducta criminal.

El hecho de que la mujer delinca menos que el hombre, se debe al papel o rol que tiene dentro de la misma sociedad, como son el tener mas la participación que el hombre en el hogar y como madre propiamente.

El siguiente factor es el de la edad, y nuestro máximo ordenamiento como lo es netamente nuestra Carta Magna, establece en su artículo 134 Fracción I, que la capacidad de ejercicio se alcanza al cumplir con la mayoría de edad siendo a los dieciocho años y la que estará regida por otro ordenamiento legal como lo es el Código Penal; en consecuencia, los infractores menores de dieciocho años están sujetos a otro ordenamiento jurídico, siendo este la ley de los consejos tutelares. Por lo que el menor recibe un tratamiento especial, para que alcance una efectiva readaptación social; los más delitos que realizan estos sujetos son los de: robo, ya sea de una alhaja, un reloj, hasta un automóvil, las drogas, ya sean en su calidad de auto consumo o él tráfico de estas; Lesiones u homicidio.

El Factor Económico, ya que un gran número de delincuentes proceden de las clases más pobres o bajas. Esto es inexplicable por que quienes se ven en la situación de no disponer de lo elemental para su

subsistencia se encuentran presionados ha alcanzar sus factores de cualquier forma. La necesidad económica orilla a muchas personas de la clase popular o clase baja a realizar diversos delitos contra la propiedad, el patrimonio, como son el robo ya sea simple o con violencia para que estos tengan un beneficio patrimonial, otro aspecto que va íntimamente relacionado con este factor es la migración de gente u hombres de provincia, por lo que trabajaba el campo, viene a buscar una forma de vida en las grandes ciudades y los cuales siendo esta la mayoría no tiene educación primaria terminada, y otra gran parte son analfabetas, lo que podemos ver que consiguen trabajos muy mal remunerados, es por ello que tienen a cometer delitos en las propias ciudades; por lo tanto donde existe un mayor número de criminalidad e inseguridad es precisamente en las grandes urbes, como lo son; el Distrito Federal, Guadalajara, Monterrey, Ciudad Juárez, Tijuana, Estado de México, por mencionar algunas de ellas.

Otro factor importante como los otros de gran importancia, es el de la educación, aquí hay que resaltar que una mayor parte que cometen distintos delitos se encuentran en la clase baja, y sin que estos hayan tenido su educación primordial, siendo esta la Primaria, es decir, que no tiene el suficiente intelecto a veces para poder discernir entre lo bueno y lo malo de su acción ilícita, pero que sin que esta sea un justificante de ese hecho delictuoso, ya que si bien es cierto, de que nadie este exento de cometer un delito, pero también se ha visto que las personas que más delinquen o se dedican a cometer delitos, son aquellas personas que tiene la suficiente

capacidad Psíquica de diferenciar lo bueno de lo malo de su actuar, por ejemplo, encontramos los llamados delitos de cuello blanco.

Los positivistas pretendieron demostrar que el delito o acto ilícito, es un hecho natural, que se da a través de factores hereditarios, de causa física o de eventos sociológicos.

Rafael Garófalo escribe Castellanos Tena³⁹ el sabio jurista del positivismo, define al delito natural como la violación de los sentimientos altruista de probidad y de piedad, en medida media indispensable para la adaptación del individuo en sociedad

Sigue considerando el autor, la esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza; pero, la esencia del delito, la delictuosidad, es el fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina de necesidad en la convivencia humana.

De esta Forma Rafael Garófalo, distingue entre lo que es el delito natural y el delito legal, y que este último es el que conocemos en nuestro tiempo; debe admitirse que existen delitos que atentan contra la moralidad, los sentimientos que eran afectados por este en una sociedad y otras que atentan en contra de la seguridad de las personas, en su patrimonio o bienes.

³⁹ CASTELLANOS TENA , Fernando, op.Cit:Pag.126-127

2.4. NOCIÓN JURÍDICO FORMAL.

Castellanos Tena ⁴⁰ en cuanto a la definición jurídica del delito debe ser, naturalmente formulada desde el punto de vista del derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomológicas como la antropología, la sociología, la psicología criminal y otras.

Ignacio Villalobos -escribe Castellanos Tena- una verdadera definición del objeto que trata de conocerse, debe de ser una fórmula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos.

En lugar de hablar de violación de la ley como una referencia formal de antijuricidad, o a concretarse a buscar los sentimientos o los intereses protegidos que se vulneran, como contenido material de aquella violación de la ley, podrá citarse simplemente la antijuricidad como elemento que lleve consigo sus dos elementos: formal y material; y dejando a un lado la voluntariedad y los móviles egoístas y antisociales, como expresión formal y como criterio material sobre culpabilidad, tomar esta última como verdadero elemento del delito, a reserva de desarrollar, por sus análisis todos sus aspectos o especies.

Para algunos doctrinarios en la materia, la noción formal del delito se encuentra reglamentada en la misma ley positiva, a través de la amenaza o intimidación de una pena para los que ejecuten cierta acción u omisión considerada por esta como delictuosa; pues en cierta forma, el delito va a

⁴⁰ Ibid. Pag. 128

caracterizarse por la imposición de una pena, es decir, si no existe la ley penal que sancione cierta conducta del hombre, no es admisible hablar o estudiar el delito.

El artículo 6° del Código Penal Vigente para el Estado de México, dice "El delito puede ser realizado por acción, omisión, y comisión por omisión."

El artículo 7° en su primer párrafo, del Código Penal Vigente para el Distrito Federal, dice "Delito es el acto u omisión que sanciona las leyes penales."

Algunos autores consideran, que esta definición de tipo formal, no se escapa de la crítica, pues refieren que no todo el delito lleva implícito o emparejada una pena.

Exteriormente el delito es el acto humano sancionado por la ley (Carrignani); noción insuficiente por que no atiende a las condiciones intrínsecas del acto mismo, sino solo a las formales. Formalista y por ello también insuficiente es la definición de Mezgar en sentido amplio: Acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena. Desde el punto de vista rigidamente formal puede decirse que todos los delitos son artificiales por cuanto solo existen en virtud de la ley que tipifica las acciones punibles (DORADO MONTERO)⁴¹

⁴¹ CARRANCA Y TRUJILLO, RAÚL Op Cit. 222-223

En tal virtud, ello prueba que el delito fue siempre lo antijurídico y por eso un ente Jurídico, es decir, lleva consigo la intención o propósito, de que el activo sea capaz de entender el resultado querido de su acción o conducta ilícita.

2.5. NOCION JURIDICO SUSTANCIAL.

CASTELLANOS TENA ⁴² dos son los sistemas principales para realizar el estudio Jurídico del delito: el unitario o totalizador y el atomizador o analítico.

Según la corriente unitaria o totalizadora, el delito no puede dividirse, ni para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble, Asienta Antoliseique para los afiliados a esta doctrina, el delito es como un bloque monolítico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es de modo alguno fraccionable. En cambio, los analíticos o atomizadores estudian el ilícito penal por sus elementos constitutivos. Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el conocimiento cabal de sus partes; ello no implica por supuesto, la negación que el delito integra una unidad. Ya Francisco Carrara hablaba del ilícito penal, como de una disonancia armónica; por ende, al estudiar el delito por sus factores constitutivos, no se desconoce su necesaria unidad.

Considera el autor que las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido; el propio Mezgar elabora también una definición Jurídico-sustancial, al

⁴² CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pag 129.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

expresar que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable. Cuello Calon, es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible.

Intrínsecamente el delito presenta las siguientes características: es una acción, la que es antijurídica, culpable y típica. Por ello es punible según ciertas condiciones objetivas o sea que esta conminada con la amenaza de una pena. Acción por que es acto u omisión humano; Antijurídica por que ha de estar contradicción con la norma, ha de ser ilícita; Típica por que la ley a de configurarla con el tipo de delito previsto; culpable por que debe de corresponder subjetivamente a una persona. La norma prohibitiva solo es eficaz penalmente por medio de la sanción; de donde deriva la consecuencia punible.⁴³

" El delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. A nuestro juicio, en suma las características del delito serian estas: actividad, adecuación típica, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y en ciertos casos condiciones objetivas de punibilidad."⁴⁴.

De la anterior definición del delito enunciada por el maestro Jiménez de Asúa, podemos apreciar que esta hace una inclusión a dicha definición, y la cual se distingue de las anteriores, ya que la misma incluye como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuricidad y culpabilidad la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad.

" Ahora bien el acto, tal y como nosotros lo concebimos, independiente de la tipicidad, es mas bien el soporte natural del delito;

⁴³ idem. Pag 223

⁴⁴ JIMENEZ DE ASUA. Luis.Op.Cit. pag 133

imputabilidad es la base Psicológica de la culpabilidad; las condiciones Objetivas son adventicias e inconstantes. Por tanto la esencia Técnico-Jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito."⁴⁵

En resumen, podemos señalar, que no es clara la distinción entre delito material y delito formal, ya que no hay que considerar la terminología ya conocida o habitual, si no mas bien hay que acudir a otra terminología para designar esos dos grupos de infracciones que están íntimamente relacionados entre sí; ya que primeramente el delito formal, es aquel de simple actividad o de mera acción, y por otro lado el delito material, se da através de un resultado externo.

2.6 LA TEORÍA CAUSAL DE LA ACCIÓN.

El causalismo se ha distinguido entre otras corrientes , por apoyarse en dos argumentos filosóficos , los cuales han sido de vital importancia en su evolución.

" En un principio, el concepto causalista de conducta fue apoyado sobre la base filosófica del positivismo mecanicista, heredado de las concepciones de la ilustración y, por ende tributario de las concepciones físicas de Newton. "Todos son causa y efecto", dentro de un gran mecanismo que es el universo, y la conducta humana, como parte del mismo, también es una sucesión de causa y efecto. Esta es, en último análisis, la base filosófica del sistema sostenido por Franz Von Liszt y por

⁴⁵ Idem. Pag. 223

Ernest Von Beling (sistema de Liszt-Beling). El segundo momento filosófico tiene lugar cuando se desecha la filosofía positiva, lo que ocasionaba la destrucción del sistema en caso de no reemplazarse rápidamente en su base filosófica de sustentación. Esta nueva base filosófica (El segundo momento filosófico del causalismo) la ofrece el neo-kantismo de Badén. Si a la primera se le llamo estructura "Clásica " del delito, a la segunda suele llamársele "Estructura neoclásica" que fue la que desarrollo en su máxima expresión Mezger.⁴⁶

"La acción es un aspecto del delito y para la teoría causalista, es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Dicha consecuencia puede consistir tanto en el puro movimiento corporal (delito de mera actividad), como en este movimiento corporal seguido del resultado por él en el mundo exterior (delito de resultado)."⁴⁷

Esta teoría trata a la acción como factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevo al sujeto a cometer determinado hecho delictuoso. De la acción nos importa si el comportamiento movido por la voluntad, causa el resultado y si no así, si la voluntad iba dirigida a este, y lo cual es reservado a la teoría en mención. A los causalistas solo les importa explicar la existencia de la acción delictiva o injusta, es decir, cuando un individuo tiene la voluntad de realizarla sin considerar necesariamente su finalidad que se propuso al llevar a cabo, ya que este no pertenece en sí a la

⁴⁶ RAUL ZAFFARONI. Eugenio. Op. Cit Pág. 369.

⁴⁷ LOPEZ BETANCOUR, Eduardo Teoría del delito, Quinta Edición .ed. Porrúa Pág. 5

conducta ilícita. En ese sentido, se considera que la acción, es un hacer voluntario, sin que intermedie causa alguna para ello en el agente activo.

"Maurach, escribe EDUARDO LOPEZ BETANCOURT el contenido de la voluntad separado declarado irrelevante para la acción debe aparecer en otro lugar de la construcción del delito, en la configuración del dolo, en el sentido propio de un dolus malus, será albergado como característica de la culpabilidad, en el último piso del edificio del delito."

"Para el concepto positivista de la teoría causal de la acción, esta es una "inervación muscular", es decir, un movimiento voluntario no reflejo, pero en que aparecen de importancia o prescinde del fin a que esa voluntad se dirige. Dentro de este concepto había una acción homicida si un sujeto disparaba sobre otro con voluntad de presionar el gatillo, sin que fuese necesario tener en cuenta la finalidad que se proponía al hacerlo, por que esa finalidad no pertenecía a la conducta. Dicho en otros términos: acción era un hecho con la voluntad de moverse, que causaba un resultado."⁴⁹.

Se concibe a la acción como un proceso causal natural y extrajurídico, libre de valor como simple causación, sin tomar en cuenta la voluntad rectora, contempla la sola producción del acto en el mundo externo y no el actuar lleno de sentido, separa el contenido de la voluntad, es decir, la finalidad, el propósito con que o por que se hace algo, limitando a la acción a aparecer únicamente como función causal. Desde ese punto de vista, la acción es considerada como proceder con dependencia de la existencia,

⁴⁹ Idem. pag 369-370

como reflejo instintivo, en el que no se considera a la acción con finalidad de movimiento, si no simplemente como voluntad de hacer el movimiento".⁵⁰

En ese sentido, la omisión era un "no hacer o dejar de hacer", es decir, el no llevar a cabo una conducta, si no que es, el de ser un simple espectador.

"En ese sentido Beling caracterizaba a la conducta en estos términos con singular claridad: debe entenderse por acción un comportamiento corporal (fase externa, objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de enervación muscular, voluntariedad), (fase externa, subjetiva de la acción), ello es un comportamiento corporal, ya en un no hacer (omisión), ello es distensión de los músculos."⁵¹

"RAUL ZAFFARONI, esgrime⁵² resulta hoy claro que una conducta es algo distinto de un movimiento con voluntad de hacer el movimiento, por que la voluntad de hacer el movimiento no existe por si, sino que se integra en forma inseparable con la finalidad del movimiento. Así, cuando muevo el dedo no tengo la voluntad de mover el dedo, si no una voluntad de jugar, tocar, sentir, sacar, etc. La voluntad sin contenido (finalidad) no es voluntad, y la acción humana sin voluntad queda reducida a un simple proceso causal".

Considera aún mas el autor que, este concepto de conducta entendida como proceso causal se tambalea fuertemente cuando el positivismo

⁵⁰ LOPEZ BETANCOUR, Eduardo. Op. cit pag 6-7

⁵¹ RAUL ZAFFARONI, Eugenio. Op. Cit. Pag. 370

⁵² Idem . pag 370.

mecanicista de origen newtoniano en que se sustentaba, comenzó a relevarse como falso. Ya el mundo era algo distinto de un conjunto infinito de causa y efecto y, ni siquiera la física pretendía conservar esa imagen. A la acción humana entendida como la causación de un resultado unida a una voluntad que no era tal (por faltarle la finalidad) la habían denominado sus partidarios concepto naturista de la acción, pero ya no resultaba tan natural.

Este concepto naturista de la acción, excluye contenido de la voluntad (Dolo), de toda la acción creadora sobre la acción, el contenido de la voluntad debe ser de importancia solamente para la culpa y no para la acción: la acción es puro efecto causal de la voluntad. Este concepto objetivo causal de la acción a constituido el fundamento del sistema del derecho penal. Antijuridicidad y culpa, fueron distribuidas en el efecto objetivo de la voluntad y el contenido subjetivo de la voluntad. La antijuridicidad se refiere al suceso exterior objetivo (la lesión causal a bienes jurídicos); La culpa se refiere a la relación psíquica del autor con el resultado. Así pareció haberse alcanzado una estructura clara del derecho penal. La antijuridicidad y la culpa se diferenciaron respectivamente como la parte objetiva y subjetiva del delito. El desarrollo ulterior de la dogmática penal ha demostrado que estas apariencias han engañado. De lo anterior podemos considerar, que una conducta sin finalidad carece de voluntad, por lo que queda reducida únicamente a un simple proceso de causalidad, ya que el concepto de conducta que se aplicaba, no concordaba en su entorno real, dada la problemática social.

" Se pretende defender el concepto causal de la conducta, aduciendo que se sabe y reconoce, que la conducta siempre tiene una finalidad, solo que la finalidad no se toma en consideración hasta llegar al nivel de la culpabilidad, es decir, es el último carácter específico de la teoría, y que nada cambia que se le tome en consideración allí, pues de cualquier modo no se le desconoce dentro de la estructura general de la teoría (Mezger). Este argumento es falso y evidencia precisamente, la falacia de esta concepción, en forma que no puede ser superada fuera de un furioso idealismo. En efecto si la conducta siempre tiene una finalidad, al no tomar en consideración la finalidad no sé esta tomando en consideración la conducta sino un proceso causal. Esta afirmación es sumamente grave, por que contradice la esencia del derecho: lo típicos y antijurídicos no serán conductas, sino procesos causales. El derecho será, para esta concepción orden regulador de conductas si no procesos causales, lo que es absurdo; el derecho no regula hechos, si no hechos humanos voluntarios, es decir conductas. El derecho no prohíbe ni permite otra cosa que conductas humanas, pues de lo contrario deja de ser derecho, al menos en el sentido que lo concebimos dentro del actual horizonte de proyección de nuestra ciencia."⁵³

⁵³ Ibid. Pag. 372

2.7. LA TEORIA DE ACCION FINALISTA.

"Esta doctrina nace en los años treinta, con la magnífica obra " Derecho Penal Alemán ", del maestro Hans Welzel, quien posteriormente modificó algunos puntos básicos de su doctrina en su libro titulado: El nuevo sistema del derecho penal. El autor establece la limitación del poder punitivo del estado nacional socialista. Retoma el pensamiento de diversos autores y lo plasma en su obra, constituye un cambio sustancial o radical en el derecho penal; y posteriormente autores como: Kaufmann, Maurach, Jescheck, Roxin y Jakobs adoptan esa ideología en el país alemán."⁵⁴

" Actualmente encontramos una marcada tendencia al funcionalismo en Europa Occidental y en Latinoamérica, siendo España un importante Formador de Juristas afiliados a esta doctrina, entre otros Santiago Mir Puig, Enrique Gimbernat, Francisco Muñoz Conde, Jesús María Silva. En México a partir del año 1994 se ha marcado un camino hacia el finalismo en la reforma penal, teniendo como uno de los principales precursores al Dr. MOISES MORENO; así mismo existe la aportación hecha por la Doctora Olga Islas de González Mariscal, quien en su obra "Análisis Lógico de los delitos contra la vida", fundamenta su trabajo con filosofía de la estructura finalista, proponiendo la doctrina del modelo lógico."⁵⁵

⁵⁴ DAZA GOMEZ, Carlos J. Manuel Teoría General del Delito. Primera Edición. Ed. Cárdenas. Pag.25

⁵⁵ Idem. Pag.25-26

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

"López Betancour,⁵⁶ para la teoría finalista, la acción no es solo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, si no por su propia esencia, ejercicio de la de la actividad final. La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan a la meta perseguida mediante la utilización de recursos: Los finalistas consideran a la voluntad como un factor de conducción que supra determina el acto causal externo. Es decir, la agente para cometer el hecho delictivo piensa el ilícito y realiza la conducta delictiva, por que su voluntad lleva un fin este es él ultimo acto que provoca la aparición del delito. La voluntad lleva un contenido, la intención de cometer el ilícito, el propósito de llegar a algo."

En ese sentido, para los finalistas, la acción es conducida, desde el momento en que la persona o sujeto activo, piensa de manera anticipada su objetivo o meta, determinando los medios o la forma de allegárselos para realizarla en el mundo exterior, es decir, la persona una vez que a meditado sobre su meta a alcanzar, esta se ve reflejada en la sociedad misma.

Para esta Corriente la acción es un comportamiento o actuar de manera anticipada, mentalmente hablando y tiene un carácter consciente y voluntario.

⁵⁶ LOPEZ BETANCOUR, Eduardo. Op.cit:7-8

En ese sentido el autor considera, el concepto final de la acción no cubre a todas las formas de comportamiento humano del mundo Jurídico Penal; tal es el caso de los delitos cometidos por imprudencia consiste: en la ejecución descuidada de la acción final, pero el carácter descuidado de la ejecución, no es precisamente momento alguno de su finalidad. La infracción de la norma de cuidado no puede equipararse a la acción final, pues el juicio de incorrección puede formularse solo a la vista del resultado que había que evitar, el cual se halla en el hecho imprudente precisamente fuera de la relación final.

La diferencia entre la teoría Causalista y Finalista, estriba, en virtud de que la primera, considera a la acción como mecánica: Producto causal; en tanto que la segunda, determina o establece la dirección o propósito a ese producto causal precisamente, es decir, que existe una voluntad o comportamiento orientada en un sentido.

Por tanto el finalismo es la consecuencia de la evolución del derecho penal, ya que en la practica resulto insuficiente la doctrina clásica; Por lo que el pensamiento de diversos autores se ha ido propagando a lo largo y ancho del mundo. Ya que esta teoría parte de la idea en que los tipos de delitos o tipos penales dolosos o culposos nos hallamos mediante dos categorías autónomas, las cuales se diferencian precisamente por su estructura ontológica.

" Para Hans Welzel la acción finalista es la realización de una voluntad plena de sentido que esta dirigida a lograr objetivos determinados, y que no se puede separar el contenido objetivo de la acción, sin que esta, en cuanto fenómeno social, pierda su valor de realidad, La acción solo puede entenderse a partir de esta dirección de la voluntad. La acción causal designa la causación ciega, no sustentada por voluntad alguna, de un cambio en el mundo exterior. Ella adquiere significado Jurídico penal solo cuando es evitable. Este es el caso del delito culposo."⁵⁷

Por otro lado la acción humana, se da como el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, entonces, un acontecimiento finalista y no solamente causal, la finalidad o actividad finalista de la acción toma en consideración al hombre, ya sobre la base de su conocimiento causal, puede prever y entender lo posible de su conducta ilícita, trazarse objetivos y metas, y con esto poder dirigir su actuar, para alcanzar precisamente lo planeado por este; La finalidad es ciertamente un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la causalidad no esta dirigida desde el objetivo si no es el resultante de esos elementos o componentes causales; Por lo tanto, la finalidad es ver hacia adelante, y en tanto que la causalidad no se puede precisar cual va hacer su resultado.

La finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever las consecuencias de esa intervención causal, y con esto dirigirla según un plan

⁵⁷ DAZA GÓMEZ ,Carlos J. Manuel Op. Cit. Pag.26-27

hacia la obtención del objetivo, la voluntad conciente del objetivo que dirige al acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista.

Esta dirección objetiva del acontecimiento causal de la voluntad finalista se extiende a todas las consecuencias que el autor debe realizar para la obtención del objetivo: 1.- El objetivo que quiere alcanzar; 2.- Los medios empleados para ello; y las consecuencias secundarias, que están necesariamente entre lazados con el empleo de esos medios.

2.8. ELEMENTOS DEL DELITO.

El delito tiene diversos elementos que conforman un todo, ya que cada autor explica los delitos según la concepción que se haya formado de los supuestos fundamentales e inversamente.

" Para Maurach - escribe López Betancour, el delito es una acción típicamente, antijurídica, atribuible; para Beling es la acción Típica, Antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad; Max Ernesto Mayer define al delito como acontecimiento típico, antijurídico e imputable; Edmundo Mezger afirma que el delito es una sanción típicamente antijurídica y culpable; Para Jiménez de Asúa es un acto típicamente, antijurídico culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. El descubrimiento de los elementos del delito

y su contenido ha sido producto de mas de un siglo en varias etapas, sobre ello Jescheck hace un estudio sintético extraordinario.⁵⁸

La aportación de diversos estudios de nuestra ciencia ha traído en número de siete elementos del delito y su respectivo aspecto negativo. Es decir, a partir de la configuración de todos y cada uno de los predicados de la conducta o hecho, se estudia el delito en dos esferas; una referente a la existencia e inexistencia del hecho delictivo (aspecto positivo y negativo), otras de las formas de aparición (a la vida del delito).

ELEMENTOS POSITIVOS:

- 1) CONDUCTA
- 2) TIPICIDAD
- 3) ANTIJURICIDAD
- 4) IMPUTABILIDAD
- 5) CULPABILIDAD
- 6) CONDICIONALIDAD
- 7) PUNIBILIDAD

ELEMENTOS NEGATIVOS:

- 1) AUSENCIA DE CONDUCTA
- 2) ATIPICIDAD
- 3) CAUSAS DE JUSTIFICACION
- 4) INIMPUTABILIDAD
- 5) INCULPABILIDAD
- 6) FALTA DE CONDICION OBJETIVA
- 7) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

De esta manera, a cada elemento positivo le corresponde su negativo; cabe aclarar que los primeros elementos, ósea los positivos, son los que van a indicar la existencia del delito, y los negativos de su inexistencia.

LOPEZ BETANCOUR, Eduardo. Op: cit. pag. 6-7⁵⁸

" El delito es ante todo una conducta humana. Para expresar este elemento se han usado diversas denominaciones: acto, acción, hecho. Luis Jiménez de Asúa, explica que la palabra "acto" en una amplia acepción, comprensiva del aspecto positivo " acción " y del negativo "omisión".⁵⁹

LA CONDUCTA. Según López Betancour⁶⁰, es el primer elemento básico del delito, y se define como el comportamiento humano, positivo o negativo, encaminado a un propósito. Lo que significa que los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea en una actividad o inactividad respectivamente. Es voluntario dicho comportamiento por que es decisión libre del sujeto y es encaminado aun propósito , por que tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión.

La conducta tiene varios sinónimos que son utilizados por diversos autores: Encuentran el de hecho, acción, acto, etc., pero estas expresiones no contemplan la posibilidad de una inactividad, por ello resulta mas conveniente la denominación de conducta.

La conducta puede ser cometida por acción u omisión, esta ultima a su vez de subdivide en omisión simple y comisión por omisión.

Castellanos Tena,⁶¹ Nosotros preferimos el termino conducta; dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo como el

⁵⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. Cit.Pag. 147

⁶⁰ LOPEZ BETANCOURT ,Eduardo,Op.Cit.Pag. 83
Idem.Pag. 147-149⁶¹

negativo. Dice Radbruch que no es posible subsumir la acción en sentido estricto y la omisión bajo alguna de las dos categorías, de la misma manera no se puede colocar "a" y "no a" bajo uno de los dos extremos. Dentro del concepto de conducta pueden comprenderse la acción y la omisión; es decir, el hacer positivo y el negativo, el actuar y el abstenerse de obra.

Por otra parte, la conducta se va a entender también como aquel elemento objetivo del delito.

Ahora bien el elemento objetivo puede presentar las formas de acción, omisión, y comisión por omisión. Mientras la acción se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión), la omisión y la comisión por omisión se conforma por una inactividad, diferenciándose en que la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

El concepto de conducta. la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

LA AUSENCIA DE CONDUCTA. Es uno de los elementos negativos del delito, es decir, la inexistencia de dicho delito; cuando hay ausencia de conducta evidentemente no habrá delito..

López Betancour⁶², la ausencia de conducta se presenta por:

- 1.-Vis absoluta o fuerza física superior irresistible .
- 2.-Vis mayor o fuerza mayor (caso fortuito)
- 3.-Movimientos reflejos.

Para algunos Autores también son aspectos negativos

⁶² LOPEZ BETANCOURT, Eduardo.Op.Cit.Pag.107-112

4.-El sueño

5.-El Hipnotismo.

6.-El sonambulismo.

La suprema Corte de justicia de la nación ha dicho respecto a la Vis Absoluta que: De acuerdo a la Doctrina y la Jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actúo en virtud de una fuerza física Exterior e irresistible cuando sobre el se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto voluntario. Lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere de la fuerza material, física, producida por hechos externos y quien la sufre no puede resistirla y se vea obligado a ceder de ante ella.(Semanao Judicial de la Federación, XCIII, P, 2018.)

Por fuerza física exterior irresistible, debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da como resultado que esta ejecute, irremediamente, lo que no ha querido ejecutar. (Semanao Judicial de la Federación, 84,p.175.)

Esta Fuerza Física Irresistible es un aspecto negativo de la conducta; El sujeto, a través de esta va a realizar una acción u omisión que no quería ejecutar, por lo tanto esta situación no puede constituir una conducta por falta de la voluntad del sujeto, elemento esencial de la conducta.

Nuestro derecho Positivo Mexicano, en el artículo 15 del Código Penal en su Fracción Primera, determina como causa de exclusión del delito: El hecho se realice sin intervención de la voluntad del Agente, esto es la Afirmación de que no puede constituir una conducta delictiva cuando no se presenta voluntad del agente.

La siguiente Hipótesis de ausencia de conducta es cuando se presenta una conducta delictiva por causas de fuerza mayor, es decir, cuando el sujeto realiza una acción en sentido amplio (acción u Omisión) coaccionado por fuerza física Irresistible proveniente de la naturaleza.

En la Vis mayor como en la Vis absoluta, no hay voluntad en el sujeto, la diferencia estriba en la Vis Absoluta, es una fuerza irresistible proveniente del hombre, mientras la Vis mayor es una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza.

Los Movimientos reflejos son otra causa de ausencia de conducta, por que al igual que los anteriores tampoco participa la voluntad del sujeto. Sin embargo, se ha considerado la posibilidad de culpabilidad del sujeto, cuando este haya previsto el resultado o cuando no lo haya previsto, debiéndolo de hacer, en donde se presentaran tanto la culpa con representación como sin representación.

Los movimientos reflejos son actos corporales involuntarios del ser humano o funcionaran como factores negativos de la conducta, si se pueden controlar o retardar.

En cuanto al sueño, es necesario hacer mención que algunos doctrinarios de la materia, lo han clasificado como un elemento negativo de la imputabilidad, y otros lo encuadran en la ausencia de la conducta, ya que en este estado, tampoco se da la voluntad del sujeto, ya que al estar dormido, no tiene dominio y no puede controlar sus movimientos.

El sueño es el descanso regular y periódico de los órganos sensoriales y del movimiento, acompañado de la relajación de los músculos y disminución de varias funciones orgánicas y nerviosas, así como de la

temperatura del cuerpo. Su función es reparar las energías físicas y mentales gastadas en la vigilia su duración media es de ocho horas, pero varía notablemente en la edad e incluso en el sexo: los niños y las mujeres duermen mas que el hombre adulto: Los sueños o procesos Psíquicos realizado mientras se duerme, y en el cual, la actividad instintiva del espíritu se evade del control de la razón y de la voluntad, pueden explicarse por el aumento de la actividad del sistema nervioso.

El hipnotismo es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales.

Según el maestro Porte Petit, pueden presentarse los siguientes casos:

1.- Que se hipnotice al sujeto sin su conocimiento y realice una conducta o hechos tipificados por la Ley Penal. En este caso el sujeto no es responsable.

2.- Que hipnotice al sujeto sin su consentimiento con fines delictuosos. En esta hipótesis el sujeto es responsable, pues estamos ante la *actio liberae in causa*, cuando el sujeto se colocó intencionalmente en ese estado para cometer el delito.

3.- Que hipnotice al sujeto con su consentimiento, sin intención delictuosa por parte de éste. Esta última hipótesis, el sujeto es responsable de un delito culposo, con culpa con representación o sin ella, según el caso.

El sonambulismo es el estado psíquico inconsciente, mediante el cual la persona que padece sueño normal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar y ejecutar otras cosas, sin que al despertar recuerde algo. El sonambulismo ha sido considerado por algunos autores dentro de las causa

de inimputabilidad, sin embargo, debemos considerarlo dentro de las causas de ausencia de conducta, por no existir voluntad del sujeto.

LA TIPICIDAD. Castellanos Tena,⁶³ es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: "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", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para Celestino Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullun crimen sine tipo*.

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que: 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, esto es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, y que no concurra en tal consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de culpabilidad. Puede una conducta humana ser

⁶³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op.cit. Pag. 167-168

típica, porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen 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 antijuricidad 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 satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos. (Semanao Judicial de la Federación, CXII, p.731.)." ⁶⁴

La importancia de la tipicidad es primordial y fundamental, ya que si no hay una adecuación o encuadramiento de la propia conducta al tipo penal, podemos establecer netamente que no existe delito alguno.

Hay que hacer la diferenciación entre lo que es el tipo y lo que es la tipicidad, ya que el primero se refiere a la ley en sí misma, y el segundo de estos es, propiamente la conducta o hecho ilícito.

CLASIFICACION DE LOS TIPOS PENALES.- Según Castellanos Tena ⁶⁵ existen:

A) Normales y anormales. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estarán en presencia de un tipo normal. Si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural, jurídica, el tipo será anormal

1.- El Homicidio es normal, mientras el estupro es anormal

⁶⁴ LOPEZ BETANCOURT Eduardo, Op.Cit, Pag.117-118

⁶⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando Op. Cit 152.

B) Fundamentales o básicos. Los primeros constituyen cada agrupamiento, es decir integran una familia de delitos; los segundos son aquellos que integran la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código.

C) Especiales. Son los formados por el tipo Fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia, dice Jiménez de Asúa, excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo esencial (infanticidio).

D) Complementados. Estos tipos se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta (Homicidio calificado por premeditación, alevosía, etc.)

E) Autónomos o Independientes. Son los que tiene vida propia, sin depender de otro tipo (robo simple).

F) Subordinados: Depende de otro tipo: Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo adquiere vida en razón de este, al cual no solo complementan, si no se subordinan (Homicidio en riña).

G) De la formulación Casuística. Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, si no varias formas de ejecutar el ilícito.

H) De la formulación Amplia. A diferencia de los tipos de formulación Casuística, en los de formulación amplia se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, como el apoderamiento en el robo.

1) De daño y de peligro. Si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, el tipo se clasifica como el de daño (Homicidio, Fraude); de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra posibilidad de ser dañado (disparo de arma de fuego, omisión de auxilio).

LA AUSENCIA DEL TIPO Y DE TIPICIDAD.-Castellanos Tena. Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad, La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y la atipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catalogo de los delitos. En el Código penal Veracruzano se suprimió el tipo delictivo que figuraba en el ordenamiento anterior, integrado con un adulterio en condiciones determinadas; He ahí una ausencia de tipo. En cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe en tipo, pero no se amolda a él la conducta dada, como en el caso de la copula con mujer de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento mediante los engaños; el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa, en donde precisa, para configurarse el delito de estupro que la mujer sea menor de dieciocho años.⁶⁶

LA ANTIJURIDICIDAD. Como antijuridicidad es un proyecto negativo, un antilógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva: Sin embargo; Comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario

Ibid.Pag. 174-177⁶⁶

del derecho; Javier Alba Muñoz escribe: el contenido último de la antijuridicidad que interesa al ius penalista, es lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales en el núcleo de la antijuridicidad como en el núcleo mismo de todo fenómeno penal, existe solo el poder punitivo del Estado valorando el proceso material de la realización prohibida implícitamente, para el autor citado, actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del Poder.

La antijuridicidad es un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito.

" Para un sector doctrinal, la antijuridicidad no surge propiamente del derecho penal, si no de todo orden jurídico, ya que puede presentarse un permiso que puede provenir de cualquier parte del derecho; Así, si alguien lleva su automóvil a reparar a un taller mecánico y no-paga la reparación, el dueño del taller puede retener el automóvil realizando una conducta que es típica, pero que no es antijurídica por que esta amparada por un concepto permisivo que no previene el derecho penal, si no el derecho privado.⁶⁷

"Cuello Calón- escribe Castellanos Tena- la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el derecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por solo recaer la acción ejecutada."⁶⁸

Como se ha descrito que la antijuridicidad es lo contrario a las leyes o al derecho mismo, Lo cierto es que es la violación del bien jurídico tutelado por la misma norma legal concretizada en el mismo tipo penal.

⁶⁷ RAUL ZAFARRONI, Eugenio. Op.Cit. Pag.512.

⁶⁸CASTELLANOS TENA, Fernando. Op.Cit: Pag.177-178

" LA AUSENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD. Puede ocurrir que la conducta típica este en aparente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídico por mediar alguna causa de justificación. Luego las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad. Un hombre priva de la vida a otro; su conducta es típica por ajustarse a los presupuestos del artículo 302 del Código Penal del Distrito federal de 1931, y sin embargo puede no ser antijurídica si se descubre que obró en legítima defensa, por estado de necesidad o en presencia de cualquiera otra justificante."

" Dentro de las causas de justificación, el agente obra en voluntad conciente en condiciones normales de imputabilidad, pero su conducta no será delictiva por ser conforme a derecho.⁶⁹ Es así como no podrá exigírsele responsabilidad alguna ya sea penal o civil, por que quien actúa conforme a derecho, no puede lesionar ningún bien jurídico."⁷⁰

CAUSAS DE JUSTIFICACION. Entre ellas tenemos: A) Legítima defensa, B) Estado de Necesidad, C) Ejercicio de un derecho, E) Obediencia Jerárquica, F) Impedimento legítimo.

Legítima Defensa.- Es una de las causas de justificación de mayor importancia para Cuello Calón es legítima Defensa a la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor. Según Franz Von Liszt, se legítima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho mediante una agresión contra atacante. Para Jiménez de Asúa la legítima violencia es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el

⁶⁹ Ibid. Pag. 181

⁷⁰ Ibid. Pag. 181

atacado o tercera persona contra del agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.⁷¹

Estado de Necesidad. Existen diversas definiciones sobre este tema; así Von Liszt, ha manifestado: El estado de necesidad es el estado de peligro presente, que amenaza a los intereses protegidos por la ley y en el cual no queda otro recurso si no el de violar los intereses ajenos jurídicamente protegidos, siendo este concepto, uno de los mas sobresalientes, al caracterizar con exactitud la situación de la que surge el estado de necesidad, como conflicto entre los intereses jurídicos, sin otra solución que el sacrificio de uno de ellos.⁷²

Cumplimiento de un Deber. Castellanos Tena,⁷³ En un Principio ejerce sus derechos todos los que realizan conductas que no están prohibidas. El artículo 15 Fracción VI del Código Penal establece que el delito se excluye cuando " La acción o la omisión se realice en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que este último no se realice con el simple propósito de perjudicar a otro.

El estado otorga a los particulares, derecho que solo podrán ejercer en determinadas ocasiones ya sea para proteger los bienes jurídicos tutelados para ayudarlo en sus funciones policíacas, con respecto a la imposibilidad de cubrir todos los lugares en un mismo tiempo, ante la trasgresión de las leyes. Así mismo a algunos funcionarios les otorga

⁷¹ CASTELLANOS TENA ,Fernando.Op.Cit.Pag.191

⁷² Ibid.Pag.163-164

⁷³ LOPEZ BETANCOURT,eduardo.Op.Cit.Pag.156-157.

determinados derechos para poder violentar la esfera jurídica de una persona, siempre y cuando esta haya cometido el ilícito.

Impedimento legítimo. Antes de las reformas del 10 de Enero de 1994 nuestra ley penal, establecía el impedimento legítimo como una excluyente de responsabilidad, señalándose como tal, contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda. Este supuesto se presenta cuando un sujeto teniendo la obligación de actuar en cumplimiento de una ley, no lo hace, con base en una causa igualmente fundada en la ley. Es la conducta de omisión y algunos autores han manifestado, es una excepción a la obligación de cumplir con la ley.⁷⁴

Obediencia Jerárquico- legítima. López Betancourt⁷⁵. Es significativo indicar que ante las reformas realizadas al Código Penal, se consideraba como causa de justificación, la obediencia Jerárquica, conceptuada como tal, cuando una persona obedecía a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituye un delito, si esta circunstancia no era notoria ni se probaba que el acusado la conocía.

LA IMPUTABILIDAD. El diccionario Jurídico Mexicano define a la imputabilidad como " 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.

"Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias, es decir, para hacerle responsable de el, puesto que de tal hecho es culpable. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias

⁷⁴ Ibid.Pag.174-175

⁷⁵ Ibid.Pag.171

tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres son palabras sinónimas.

Pero estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse. La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad Psíquica en tres, el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable quien tiene capacidad de sufrir las consecuencias del delito, si bien en última instancia, es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible; La culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable mas a condición de declararle culpable a él ⁷⁷

LA IMPUTABILIDAD. Es el aspecto negativo de la imputabilidad es la inimputabilidad; consiste en la capacidad de querer y entender en el mundo del derecho. Pensamos que la fórmula sobre inimputabilidad, debe suprimir la enumeración de las causas que la producen. ⁷⁸

"Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber, esto, es aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetro.

LA CULPABILIDAD. El concepto de la culpabilidad, dependerá de la teoría que se adopte, pues no será igual el de un Psicologista, el de un normativista o el de un finalista. Así el primero diría la culpabilidad consiste

⁷⁷ JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. Cit. Pag. 215-126.

⁷⁸ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. pag. 191

en el nexo Psicológico que une al sujeto de la conducta o el resultado material, y el segundo en el nexo psicológico entre el sujeto con la conducta o el resultado material, reprochable y el tercero, afirmaría que la culpabilidad es la reprochabilidad de la conducta, sin considerar el dolo como elemento de la culpabilidad, sino de la conducta. La culpabilidad en la tesis finalista se reduce a la reprochabilidad y a diferencia de la teoría normativa el dolo y la culpa no son elementos de la culpabilidad por que son contenido del tipo. La culpabilidad es por tanto, responsabilidad, apartándose consecuentemente de los normativista mantienen el dolo y la culpa en la culpabilidad constituyendo como se afirma por un sector un MIXTUM COMPOSITUM DE COSAS.⁸⁰

"Es el conjunto de presupuestos de que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

LA INCULPABILIDAD. López Betancourt ⁸² La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad. Esta se va a dar cuando concurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable.

La inculpabilidad operara cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento o la voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito o la imputabilidad del sujeto, por que si el delito integra un todo, solo existiría mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

LOPEZ BETANCOURT. Op.cit. Pag.213⁸⁰

⁸² JIMENEZ DE ASUA. Cit.pag.234.

Aquella persona o sujeto que lleva a cabo una acción que en apariencia es delictiva, pero que actúa de esta forma por una fuerza física a la cual no puede resistir, no será culpable por ese actuar, ya que la inculpabilidad consiste en la falta del nexo de causalidad emocional entre la persona y su acto.

IGNORANCIA Y ERROR. López Betancourt⁸³ se ha considerado que ambos son actitudes Psíquicas del sujeto, en la afectación de alguna conducta. La ignorancia es el desconocimiento total de un hecho, por lo que es de esperarse que la conducta se realice en sentido negativo. El error, por su parte, es una idea falsa o equivocada respecto a un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo.

ERROR DE DERECHO. Tradicionalmente se ha estimado, cuando un sujeto en la realización de un hecho delictivo alega ignorancia o error en la ley, no habrá inculpabilidad, siguiendo el principio de que: La ignorancia de las leyes a nadie beneficia.

ERROR DE HECHO. El error de hecho, a su vez se subdivide en error esencial y error accidental también llamado por algunos autores como inesencial.

Para que el error esencial de hecho tenga efectos de inculpabilidad, debe ser invencible, ya que de lo contrario dejara subsistente la culpa. Para

⁸³ Ibid. Pag. 238-239.

Vinini el error esencial es "el que recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal."

En el error esencial, el sujeto realiza una conducta antijurídica, pensando que es jurídica, es decir hay desconocimiento de su antijuridicidad.

ERROR ACCIDENTAL. El error accidental no recae sobre circunstancias esenciales de hecho, sino secundarias. El error en el golpe (aberratio ictus) se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a el equivalente (Jorge dispara contra Carlos a quien no confunde , pero por error en la puntería mata a Roberto). Aberratio in persona, es cuando el error versa sobre la persona objeto del delito (Alfredo queriendo disparar sobre Rafael, confunde a este por las sombras de la noche y priva de la vida a Armando a quien no se proponía matar). Hay Aberratio delicti si se ocasiona un suceso diferente al deseado."

TEMOR FUNDADO. López Betancour⁸⁴ son circunstancias objetivas ciertas que obligan al sujeto a actuar de determinada manera, incitando al agente a rehusar ciertas cosas por considerarlas dañosas o riesgosas. Tal es el caso del riesgo de sufrir un daño por pandilleros.⁸⁵

LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA. Cuello Calon, escribe López Betancourt conforme a esta Doctrina una conducta no puede considerarse culpable cuando al agente dadas las circunstancias de su situación, no pueda exigirsele una conducta distinta a la observada ". Se

⁸⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. pag. 263-264

⁸⁵ LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO, Op. Cit. Pág 241, 242.

trata de infracciones culpables cuyo objeto por una indulgente conducta de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena puede ser eximido de la sanciones que se reservan para la perversidad y del espíritu egoísta antisocial.

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD. A partir de la observación de que a veces es el delito el único requisito para que opere la penalidad y de que en ocasiones, no es una causa personal la que impide la operatividad de esta, se llegó a afirmar que hay condiciones objetivas de penalidad o punibilidad. Bajo este nombre se conocieron por algunos autores los requisitos de perseguibilidad o al menos algunos de ellos.

Otros autores incluyeron en este rubro a elementos del tipo objetivo que entendían que no debían ser alcanzados por el dolo y según otros ni siquiera causados por el autor o por la conducta. Otros finalmente distinguen dentro de este complejo los requisitos de perseguibilidad de ciertos componentes objetivos que colocan fuera del tipo y como presupuestos de la punibilidad, pero cuya naturaleza pretenden que es totalmente distinta de la de cualquier otro componente y que se caracteriza por su pura presencia objetiva.⁸⁶

AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD. La ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad, es el aspecto negativo de las mismas. El lugar que ocupen dentro de las teorías del delito dependerá del criterio que sustente, ya que algunos autores consideran que la ausencia de dichas condiciones, será el aspecto negativo de un elemento del delito, al considerar las condiciones objetivas de punibilidad elemento

⁸⁶ RAUL ZAFARRONI, Eugenio, Op.Cit. Pag:688

del delito, y otros estimaran que no constituyen un aspecto negativo del delito, al negar a las condiciones objetivas el carácter mismo de elemento.¹⁸⁷

LA PUNIBILIDAD. Es un elemento secundario del delito, que consiste en el merecimiento de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito; Dichas penas se encuentran establecidas en nuestro Código Penal.

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de la aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido, declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos: es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación penal estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del Jus Puniendi); Igualmente se entiende por punibilidad, en forma menos apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes, a posteriori las penas conducentes. En este último sentido, la punibilidad se confunde con la punición misma, con la imposición concreta de las sanciones penales con el cumplimiento efectivo de la llamada amenaza normativa.¹⁸⁹

AUSENCIA DE PUNIBILIDAD. En función de las **excusas absolutorias** no es posible la aplicación de la pena; Constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el

⁸⁷ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. Pag. 256.

⁸⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit. pag. 275

carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, (los elementos esenciales del delito conducta hechos, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), permanecen inalterables; Solo se excluye la posibilidad de punición.⁹⁰

En resumen, podemos precisar las excusas absolutorias, son las causas por las cuales va a quedar insubsistente la sanción o la pena de determinado hecho delictivo, es decir, el delito si queda subsistente, mas sin embargo, no es posible otorgarle una sanción a este, existiendo diversas especies de excusas absolutorias.

⁹⁰ Ibid. Pag.278-279.

CAPÍTULO TERCERO.

CAPÍTULO III. EL DOLO, LA CULPA, Y EL CASO FORTUITO.

3.1. - TIPOS DE DOLO.

3.2. - LA CULPA

3.3. - EL CASO FORTUITO.

3.1. TIPOS DE DOLO

Tanto el dolo como la culpa, son formas de culpabilidad, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado o considerado en la ley como delito, se puede cometer un delito a través de una determinada intención o propósito delictuoso (dolo).

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

Carragnani -escribe Eduardo López Betancourt - definió al dolo como el acto de intención más o menos perfecta, dirigido a infringir la ley, manifestada en signos exteriores. Carrara máximo exponente de la escuela Clásica, define al dolo como la intención más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe que es contrario a la ley. Para los positivistas el dolo requiere para su existencia de Voluntad, la intención y fin, Jiménez de Asúa piensa: el dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación que se requiere o rectifica. Cuello Calón afirma: dolo es la voluntad consciente dirigida a la

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

ejecución de un hecho que es delictuoso. Nosotros afirmamos que el dolo esta compuesto por los siguientes elementos: a) Intelectual, implica el conocimiento por parte del sujeto activo que realiza circunstancias pertenecientes al tipo , b)Emocional, Es la voluntad de la conducta o del resultado."⁹¹

"Por otro lado existen varias clasificaciones del **Dolo**, dependiendo del autor que se consulte; y, consideramos que una de las mas completas, es la que hace EDUARDO LOPEZ BETANCOURT⁹² en su Teoría del Delito, siendo la siguiente:

En cuanto a la modalidad de la dirección del Dolo se divide en :

A) Dolo Directo.- Hay dolo directo cuando se quiere la conducta o el resultado. Es decir, el dolo se caracteriza en querer el resultado, si es delito material y querer la conducta, si es delito formal.

De lo anterior definición, se desprenden los siguientes elementos:

- a)Que el sujeto prevea el resultado , y
- b) Que lo quiera.

B) Dolo Eventual.-El dolo Eventual hay un representación del resultado, pero no hay voluntariedad del mismo, por que no se quiere el resultado, sino se acepta en caso de que se produzca. Aquí el sujeto tiene

⁹¹ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo.op.cit.Pag 218-220

⁹² Ibid. Pag. 225-228.



presente de que puede ocurrir un resultado, puede ser posible, y sin embargo, actúa para que se verifique, sin siquiera tratar de impedir que se realice.

Podemos deducir dos elementos del Dolo eventual: a) Representación del probable resultado, y b) Aceptación del mismo.

C) Dolo consecuencia necesaria (o dolo Directo de segundo grado).- Debemos entender por dolo de consecuencia necesaria, cuando queriendo el resultado, se prevé como seguro otro resultado derivado de la misma conducta. La naturaleza del dolo de consecuencias necesarias es indudablemente de un dolo directo, porque aún cuando es cierto, no se desea el resultado que forzosamente acaecerá, no es discutible que el sujeto se representa esta circunstancia consistente en su indiscutible realización, ligada consecuentemente al resultado querido.

En cuanto a su extensión el dolo puede ser :

A) Determinado.- Este tipo de dolo forma la intención directa. Maggiore expone: se tiene dolo determinado cuando la intención exclusiva e inequívocamente se dirige hacia el delito cometido.

B) Indeterminado.- Para Maggiore, dolo indeterminado se llama a aquél en que la intención no se refiere a un resultado único o exclusivo, sino indiferentemente a varios resultados, más o menos graves.

En cuanto a su nacimiento el dolo se clasifica en:

A) **Inicial o Precedente.**- El dolo inicial es aquel que ya existe antes de la consumación del delito, precede al inicio del Inter Criminis, Maggiore explica: el agente es responsable, sea que llegue con igual estado de ánimo a la consumación, sea que ésta se realice después de haber mudado él de propósito.

B) **Subsiguiente.**-Cuello Calón, manifiesta: el dolo es Subsiguiente cuando habiendo comenzado el agente la ejecución de un hecho no constitutivo del delito le sobre viene la voluntad antijurídica de realizar un hecho delictuoso.

El inter Criminis supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del Criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en él hasta que consigue el logro de sus afanes. Y tiene dos fases fundamentales: Interna y Externa. La fase Interna solo existe mientras el delito, encerrado en la mente del autor, no se manifestó exteriormente. La Externa ya se manifiesta, sale a la luz, por actos, incluso de preparación.

Por su intensidad el dolo puede ser:

A) **Genérico.**- El dolo es genérico al alcanzar la voluntad a producir un resultado Jurídicamente prohibido.¹⁹³

⁹³ Idem. Pág 228

El llamado Dolus Generalis, el autor cree haber consumado el delito cuando el resultado solo se produce por una acción posterior, con la cual buscaba encubrir el hecho.

B) **Específico.**-Para Carrancá y Trujillo, dolo específico: es la intencionalidad predicada por una voluntad dañada especial; la ley debe consignarlo en cada caso, y no se presume sino que debe probarse correspondiendo su prueba al Ministerio Público.⁹⁴

El acontecer externo sólo es el hecho de una voluntad finalista cuando tal y como se desarrolló, fue configurado por la voluntad consciente del fin, es decir, cuando estaba sometido al señorío de la voluntad.

Dependiendo de su duración el dolo se cataloga:

A) **Dolo de ímpetu.**- Hay dolo de ímpetu cuando la acción sigue inmediatamente a la intención (o sin intervalo o sin intervalo notable), ó sea que uno obra por acción imprevista o por impulso instantáneo de pasión ciega. Esta Circunstancia no modifica hoy la cualidad, sino la cantidad del dolo, y vale como atenuante cuando se trata de reacción en estado de ira determinado por un hecho ajeno injusto. En cambio, no tiene efecto cuando se trata de estado emotivos o pasionales que no excluyen o disminuyen la imputabilidad.

⁹⁴ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Op.cit Pág 445.

B) Dolo simple.-Es cuando el sujeto activo del delito, lleva la idea de realizar la conducta ilícita, prepara todos los medios necesarios para la realización del hecho antijurídico y para la obtención del resultado esperado. El Dolo, como conciencia en general, nunca se presume, siempre debe de probarse. la teoría de la presunción es un prejuicio antiguo, que en la actualidad ha sido desechado, y es un vestigio del materialismo Jurídico la máxima *dolus Inest in re ipsa*, es decir, el dolo esta dentro del hecho mismo.

C) Dolo de propósito (o Premeditación).-Carrará considera que los dos elementos que conforman la premeditación son la perseverancia y la frialdad. Miggiore cree que la esencia del dolo premeditado, consiste en el propósito deliberado y persistente de cometer un delito, acompañado de la preordenación de los medios.

El dolo en cuanto a su contenido se divide en :

A) De daño.-Tenemos dolo de daño cuando el resultado que el agente tiende a producir, es un daño efectivo, es decir, la destrucción o disminución real de un bien jurídico.

B) Dolo de peligro.-este se produce cuando el agente inicia una acción, encaminada a realizar un daño efectivo y el producto es nada mas un peligro.

C) De daño con resultado de peligro.-Este se caracteriza por que en él la intención va encaminada a ocasionar el daño y la ley, con motivos de protección social, da por hecho el momento consumativo previo a la ejecución del perjuicio.

D) de peligro con resultado de daño.- En el dolo de peligro con resultado de daño, la voluntad va encaminada a ocasionar el peligro, y únicamente la punibilidad ésta condicionada a la comprobación de un efecto dañoso." ⁹⁵

3.2.- LA CULPA.

La culpa es otra de las formas de culpabilidad, es decir, se da como una segunda especie de este elemento positivo del delito o evento antisocial. La cual sostiene en la realización de un hecho, sin la intencionalidad requerida, esto es, que el sujeto activo obra culposamente cuando ejecuta determinada conducta sin que haya pasado por su mente la realización de la misma, pero más sin embargo es previsible, en ésta hay una falta de precaución o de cuidado, como por ejemplo en el caso de : Lesiones, Homicidio y daño en los bienes provocados en la conducción de vehículos de motor por mencionar algunos de ellos; por lo que dicha conducta es considerada por nuestro ordenamiento legal como delictiva, y a la cual habrá que imponérsele una sanción o pena. Anteriormente existía el término imprudencia, en lugar del concepto que actualmente conocemos de culpa,

⁹⁵J. LOPEZ BATANCORT, Eduardo. Op. Cit. Pag 229-230.

por lo que con las reformas que se realizaron en el año de 1994, se quedo establecido el término culpa.

"Carrancá y Trujillo ⁹⁶ define la culpa como el obrar sin la diligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley (Cuello Calón); como la infracción de un deber de cuidado que personalmente incumbe, pudiendo preverse la aparición del resultado (Mezger), la culpa es la no previsión de lo Previsible y evitable, que causa un daño antijuridico y penalmente tipificado. Considera que después del derecho Babilónico (V.Núm. 33 art. 251), el romano reconoció que la ley podía ser violada sin la intervención de la voluntad del agente pero por que no se pusiera en la ejecución una previsión inteligente resultando de ello consecuencias dañosas por terceros; considerada como pequeña falta pero en todo caso ética, daba lugar a punibilidad como si fuera delito, solo que su persecución era del procedimiento penal privado toda vez que se le consideraba como simple injuria: La culpa quedo definida con notable precisión como **quid cum a diligente provideri poterit, non esset provisum, aut, tum, denuntiatum esset cum periculum evitari non posit** (Dig, Lib. VI, tit,Leg.31); de donde , como se advierte , el núcleo del concepto está constituido por la **Previsibilidad**.

Sigue explicando el autor que, fundamentalmente se mantuvo tal noción en la Escuela Clásica, para Carrara culpa es la voluntaria omisión de diligencia al calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho; es la falta de conciencia de la criminalidad de nuestros actos derivada

⁹⁶ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Op. Cit 457-458

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de nuestra negligencia. Según Carrara, el Tripos sobre el que descansa la noción de culpa la constituían la voluntariedad, la falta de previsión del efecto nocivo y la posibilidad de proveerlo. A estos tres elementos añadió Brusa uno más, de evidente justificación teórico-práctica: la prevenibilidad, que también Carrara había anticipado; la culpa era, pues, la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un evento penalmente antijurídico, posible, previsible y prevenible (Brusa). Así concebida la culpa, gira, como se ve, en torno al elemento Subjetivo "Previsibilidad" más el objetivo "prevenibilidad" y permite mantener la imputabilidad por vicio de la voluntad (culpa), a diferencia del sentimiento (dolo).

" Por su parte Jiménez de Asúa, considera que: existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no solo cuando ha faltado el autor la Representación del resultado que sobrevendrá, si no también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo." ⁹⁷

" Se ha repetido demasiado que para la delictuosidad de una conducta precisa, entre otros requisitos , que haya sido determinada por la intención (dolo), o por un olvido del mínimo de disciplina social impuesto por la vida gregaria (culpa). En ausencia de dolo o culpa no hay culpabilidad y sin esta el delito no se integra." ⁹⁸

⁹⁷ JIMENEZ DE ASÚA. Luis Op. Cit Pag 247.

⁹⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op, Cit, Pág 245.

"Por su parte Castellanos Tena ⁹⁹, expone que para determinar la naturaleza de la culpa se han elaborado diversas teorías. Adquieren relevancia fundamental las siguientes:

- a) de la Previsibilidad;
- b) de la Previsibilidad y evitabilidad; y
- c) del defecto de la atención.

La primera (Previsibilidad) fue sostenida principalmente por Carrara, para quién la esencia de la culpa "consiste en la Previsibilidad del resultado no querido" Afirma que la culpa consiste en la voluntariedad omisión de diligencia en calcular las consecuencias y previsibles del propio hechos; por ende se puede considerar que se funda en un vicio de la inteligencia el cual no es, en última instancia, sino un vicio de la voluntad. La segunda, expuesta por Binding y seguida por Brusa, acepta la Previsibilidad del evento, pero añade el carácter de evitable o prevenible para integrar la culpa, de tal manera al juicio del reproche cuando el resultado, siendo previsible, resulta inevitable. Por último, la teoría del defecto en la atención, sostenida principalmente por Angliolini, hace descansar la esencia de la culpa por violación, por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley. existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas.

⁹⁹ Idem. Pag. 245-248

Por otra parte considera el mismo autor que: Los elementos de la culpa: Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el primer elemento; es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo); en segundo término que esa voluntad se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero: los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido. (Si el resultado es querido o aceptado sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, se estará en el caso de la imputación dolosa.)

Sigue opinando castellanos Tena, dos son las especies principales de la culpa: consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión sin representación. La culpa Consciente, con previsión o con representación, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá: hay voluntariedad de la conducta Causal y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción. Como ejemplo de esta especie de culpa, puede citarse el caso del manejador de un vehículo que desea llegar oportunamente a un lugar determinado y conduce su coche a sabiendas de que los frenos funcionan defectuosamente; no obstante de representarse la posibilidad de un atropellamiento, impulsa velozmente la máquina, con la esperanza de que ningún transeúnte se cruzara en su camino. Existe en su mente la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente y a pesar de ello, confiado en la no realización del evento, desarrolla la conducta, La

culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación cuando se prevé el resultado previsible (penalmente tipificado). Existe Voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Para Soler se da esta clase de culpa, cuando el sujeto no previó el resultado por falta de negligencia. Es pues una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada. Puede imaginarse el caso de quien limpia una pistola en presencia de otras personas sin medir el alcance de su conducta; se produce el disparo y resulta muerto o lesionado uno de los que se hallaban en el lugar: El evento era indudablemente previsible, por saber todos los peligros del manejo de las armas de fuego, sin embargo, el actuar del sujeto fue torpe al no prever la posibilidad de un resultado que debió haber previsto y evitado.

" Cuello Calón señala que la culpa en cuanto a la intensidad suele dividirse en tres grados: 1) Culpa lata. Cuando el evento dañoso hubiera podido preverse por todos los hombres; 2) Culpa levis. Cuando su previsión sólo fuere dable a los hombres diligentes; 3) Culpa levisima. Cuando el resultado hubiera podido preverse únicamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común."¹⁰⁰

" Mezger difiere de lo anterior al opinar: La ley no conoce, en general grados de la culpa. En especial, la distinción entre la culpa consciente e inconsciente sólo representa una aclaración conceptual, pero no una

¹⁰⁰ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo.Op.Cit. pág 234-235.

graduación de la culpa con arreglo a su valoración Jurídico-Penal; en el caso, concreto puede suponer la culpa consciente un reproche de menor cuantía que la culpa inconsciente." ¹⁰¹

"Daza Gómez ¹⁰²expone que: Algunos de los elementos que pueden integrar o conformar la culpa, son : la negligencia, la prudencia ., la impericia e inobservancia de reglamentos".

La Negligencia.- esta palabra se deriva del latín neglectio, que significa olvido y proviene del neglectus, que es descuido, ser negligente es obrar con retardo, o no obrar, o actuar abúlicamente, ante, los deberes, ante los deberes de hacer, el apático o negligente se muestra negativo frente a su obligación de diligencia. Para nosotros, tanto la negligencia como la imprudencia constituyen un estado anímico en que se coloca la persona en ciertos momentos de su vida. La negligencia obedece a un estado Psicológico de inactividad.

La imprudencia.- Esta palabra viene del latín imprudens, que significa ignorancia o inconsideración. Al respecto, el diccionario académico dice que es imprudente quien no considera o ignora pudiendo y debiendo considerar o conocer. En la imprudencia el autor tiene coincidencia del resultado de su actuar, pero creyó poder evitarlo con una dinámica trunca, el negligente olvidó la diligencia, omitió la dinámica que evitaría el daño causado.

¹⁰¹ Idem. Pag. 235.

¹⁰² DAZA GOMEZ, Carlos J. Manuel Op. Cit. Pág 233.

a) Teoría de la responsabilidad Objetiva. Los partidarios de esta teoría afirman que el segundo resultado antijurídico se le imputa al sujeto a título de responsabilidad objetivo, esto es, sin que sea necesario establecer un nexo subjetivo entre la conducta y su resultado final, basta simplemente que exista una relación de causalidad entre aquella y este. Uno de sus principales sostenedores es el jurista español Jesús Bernal Pinzón, quien dice que: creemos que en la hipótesis de la preterintención y, más concretamente, del homicidio preterintencional, no es dable hacer un examen concreto sobre la naturaleza de la culpabilidad o del nexo subjetivo entre la conducta y el resultado más grave (muerte). Si la responsabilidad existe, pese a que no se requiere una especial investigación sobre la culpabilidad, ello quiere decir que tal responsabilidad se funda solamente en el nexo causal que debe existir entre las lesiones (resultado querido menos grave) y la muerte (resultado no querido más grave). Esto es lo que la doctrina denomina responsabilidad Objetiva.

La anterior teoría según algunos Doctrinarios de la materia es rechazada por que pugna con el principio, hoy en día aceptado universalmente: *nulla poena sine culpa* (no hay pena sin culpa), conquista principal del derecho penal liberal; porque de aceptarla, se regresaría a estudios superados en los que el hombre, inerme ante Omnipotencia del Estado, debía responder por hechos dañosos respecto de los cuales para nada había intervenido su voluntad, ni siquiera en el ámbito de la previsión.

b) Teoría del dolo eventual .- Esta postura sostiene que suponiendo la culpa, como lo supone, la falta de intención, suponiendo el dolo, como lo supone, esa intención dañosa, si el efecto sobrepasa al que se propuso obtener, ya no hay mera culpa sino sólo , aunque eventual.

Esta teoría resulta inaceptable , por que el dolo eventual, además de la previsión del resultado supone su anticipada aceptación, lo que no ocurre en el delito preterintencional, pues si así fuera sobraría este delito, ya que de los delitos con dolo eventual el sujeto responde en la misma forma que de los cometidos con cualquiera otra clase de dolo.

c) Teoría de la mezcla del dolo y la culpa.- Se caracteriza esta teoría en que reconoce que en la preterintención hay dos resultados: uno que se consume a título de dolo y otro que se impute a título de culpa : Francesco Carrara, explica que hay una forma especial de degradación deducida de la falta de previsión del efecto más grave, que constituye un término medio de imputación entre la que se daría el hecho doloso y lo que se daría al hecho culposo.

El delito de homicidio resulta un buen ejemplo, en la atención de que funde el dolo y la culpa cuando es preterintencional; dolo respecto de la lesión. culpa respecto de la privación de la vida (muerte). Por esta Razón, quien solo tiene la intención de herir debe estar atento a que el resultado de su actividad no sea más grave del querido y si este se produce no hay duda

de que estando sobre la misma dirección de su conducta, era previsible, obró culposamente al producirlo.

Esta teoría es la más aceptable, pues suponiendo la preterintención un comportamiento cuyos efectos antijurídicos llegan hasta más allá que el resultado conscientemente querido por el sujeto, su culpabilidad se descompone en dos momentos que coinciden con los dos resultados obtenidos: hay culpabilidad dolosa respecto a la primera conducta (en cuanto era consciente de la antijuridicidad de su acción y hacia su verificación se orientó), y culpabilidad culposa en relación con el segundo resultado: En otras palabras se explica, sin embargo, que si tenemos en cuenta que el sujeto ha querido un evento (dolo) pero a la postre se ha consumado otro diverso aunque del mismo género, no querido por él, pero susceptible de haber sido previsto por que era previsible (culpa). Con toda razón dice el Maestro Luis Jiménez de Asúa que el delito preterintencional está más allá de la intención, pero más acá de lo fortuito, es decir, permanece siempre en el ámbito de la culpabilidad, son participación de sus dos especies: el dolo y la culpa.

Por lo que respecta a la doctrina penal Mexicana, el delito de preterintención, ha sido causa de grandes discusiones y reflexiones, cuyos criterios no presentan signos de unificación. Haremos referencia a ello.

Ciertamente apunto el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, que múltiples autores niegan la posibilidad del delito Preterintencional, en cuanto

se afirma que la misma actitud Psicológica del autor puede estar estimada simultáneamente abarcada por el dolo y la culpa. Por otra parte, por demás está decir que en la doctrina discútase, con más o menos pasión, cual es la naturaleza del llamado delito preterintencional, pues mientras para unos se trata de una forma de dolo, para otros lo es de culpa; para los menos una combinación o mezcla de dolo y culpa y, por último, para un reducido sector de la doctrina la preterintencionalidad expresa una especial forma de obrar culpable, aunque en realidad poquísimos son los Códigos penales que le otorgan a la preterintención el rango de forma de culpabilidad.

Por su parte el autor Francisco González de la Vega, afirma tajantemente que no deben confundirse los intencionales o culposos con los realizados con dolo preterintencional, o eventual, o determinado en cuanto a las personas, pues estas formas del delito quedan comprendidas dentro de la intencionalidad criminal. Los delitos preterintencionales, conservando la denominación tradicional, es el que se comete cuando se propone causar un mal menor y se realiza uno mayor distinto del deseo original, por ejemplo, quiere lesionar y causa la muerte. Por último, afirma el maestro Celestino Porte Petit, respecto al delito preterintencional, que es el querer o aceptar un resultado menor, proponiéndose uno más grave que se previó, teniendo la esperanza de que no se realizaría o que previó siendo previsible. de este concepto, bien podemos determinar los elementos que integran el delito preterintencional, como son: a) La intención o dolo de causar un resultado típico, de manera que el sujeto activo solo desea lesionar el bien jurídico tutelado por la norma Jurídico-penal, b) La imprudencia en la conducta,

debido a no prever ni tener cuidado; y c) Un resultado mayor que el querido, que es la consecuencia de la intención y de la imprudencia a la vez. Estos son los mismos elementos que aparecen en el precepto del delito preterintencional que se preceptúa el artículo 7 en su último párrafo del Código Penal que comentamos. Por lo tanto debe de tomarse en cuenta que su esencia esta constituida por una suma de dolo y culpa; el primero al resultado querido o aceptado; y la segunda, en cuanto al resultado realizado.

Esta postura está afirmada por el criterio que sustenta la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer que "La preterintencionalidad es una tercera forma de culpabilidad, en la cual se contempla la concurrencia de la intención respecto al resultado querido o aceptado (dolo directo o dolo eventual) y de la imprudencia en cuanto al resultado mayor Sobvenido."

"Otra opinión es la del profesor Fernando Castellanos Tena, quien dice que siempre hemos dicho que no es dable hablar de una forma autónoma de culpabilidad participante a la vez de las esencias del dolo y de la culpabilidad, por que ambos formas de excluyen. Para el actuar doloso y de la culpabilidad, porque ambas formas se excluyen. Para el actuar doloso precisa que la voluntad consciente se dirija al evento o hecho típico, ya sea directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, mientras la culpa se configura cuando se obran sin esa voluntad de producir el resultado, pero este surge por la conducta imprudente del autor, al descuidar el cumplimiento del deber de cuidado correspondiente. El delito se comete mediante el dolo, o por culpa; pero tratándose del primero, puede haber un

resultado más allá del propuesto por el sujeto, y en la segunda, mayor de lo que podía racionalmente preverse y evitarse.”¹⁰³

En ese sentido podemos precisar que el legislador al aplicar con espíritu de justicia penal preceptúa en el artículo 66 del Código Penal Vigente en el Estado de México, que dice: al responsable del delito preterintencional, se le aplicará hasta las dos terceras partes de la pena que le correspondería si el delito hubiere sido doloso; con lo cual queda de manifiesto que se trata de una pena intermedia entre la que le correspondería al delito doloso y al culposo.

3.3.- EL CASO FORTUITO.

Al respecto el profesor Fernando Castellanos Tena,¹⁰⁴ considera que : el caso fortuito encuentra su reglamentación en la fracción X del artículo 15 del Código Penal Vigente “Es circunstancia excluyente de responsabilidad;... causar un daño por mero accidente, sin intención ni prudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.” El legislador se refiere, sin duda alguna, al hecho anterior, inmediato a la producción del resultado y no a éste; la expresión lícito, atañe a la conducta inicial. En el caso Fortuito la conducta nada tiene de culpable; se trata de un problema de mera culpabilidad, según denominación nuestra, en virtud de no ser previsible el resultado. El Estado no puede exigir la previsión de lo humanamente previsible. Por ello se ha expresado que marca

¹⁰³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op.Cit: pag.252-253



el límite o la frontera con la culpabilidad. Por debajo de la culpa, sienta Soler, no hay responsabilidad penal. El profesor Franco Guzmán, al comentar la fracción X del artículo 15 de nuestro Código Penal, afirma acertadamente, que en realidad no se trata de una causa de inculpabilidad; si el hecho realizado es lícito, no puede ser antijurídico; si no es antijurídico, no está en condiciones de ser culpable. En el caso fortuito el resultado adviene por el concurso de dos energías diversas: la conducta del agente (por hipótesis precavida, lícita) y una fuerza a él extraña. De una parte es actuar voluntario y de otra, una concausa que se une a la conducta; de esa amalgama surge el evento. En consecuencia, el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad; si una conducta es cautelosa y absolutamente lícita, pero se une a ella una concausa extraña y por ello se produce el resultado coincidente con la descripción legal de un delito, no puede atribuirse al sujeto por que no lo quiso, ni omitió deber alguno de cuidado o diligencia.

Mientras que en la culpa inconsciente no se prevé el resultado previsible, en el caso fortuito jamás puede preverse por imprevisible. Es decir, tanto en la culpa inconsciente como en el caso fortuito hay ausencia de prevención del resultado delictivo, pero en aquélla debe de preverse por existir esa posibilidad, en cambio en el caso fortuito el sujeto no tiene el deber lo humanamente previsible.¹⁰⁵

“ Los hechos causales, ejecutados sin intención ni prudencia delictiva, no pueden ser calificados como delitos, en atención a la ausencia del

¹⁰⁴ Ibid. Pag. 254-255

¹⁰⁵ Ibid. pag. 256.

elemento moral o subjetivo que debe incurrir en todas las infracciones. El hecho causal repugna al concepto de delito; por tanto, mal puede llamarse exigente a esta norma innecesaria por obvia.¹⁰⁶

¹⁰⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op.Cit .Pag. 234

CAPÍTULO CUARTO

4.1- LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

*4.2.-ANÁLISIS DEL ARTICULO 321 BIS DEL CODIGO
PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.*

4.3.-TAXATIVAS DE SOLUCION.

4.1- LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

“Eduardo López Betancourt,¹⁰⁷ considera que : al aspecto negativo de la punibilidad se le llaman excusas absolutorias. Las excusas absolutorias son aquellas circunstancias específicamente establecidas en la ley y por las cuales no se sanciona al agente.”

“Jiménez de Asúa, define a las excusas absolutorias como: las causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna , por razones de utilidad pública.”¹⁰⁸

“ El profesor Castellanos Tena, considera que: en función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad: Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito (Conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluyen la posibilidad de punición.”¹⁰⁹

“Carrancá y Trujillo, opina al respecto si como hemos dicho, en las causas de inimputabilidad la acción deja de ser delictuosa por que el sujeto no es imputable, y en las de inculpabilidad por que su acción no puede ser

¹⁰⁷ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op cit, pag 268.

¹⁰⁸ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit. Pag: 290.

¹⁰⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit pag 278-279

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

reprochada, y en las de justificación por que la acción no es antijurídica, en las excusas absolutorias falta solo la punibilidad de la acción , causas personales que excluyen sólo la pena (Mayer). Por esto mismo , toda vez que la utilidad se entiende de distinta manera según los pueblos , las excusas reconocidas en el derecho difícilmente encuadran dentro de una sistematización doctrinaria , pues cambian y evolucionan de pueblo a pueblo y aún según los tiempos .Pero en nuestro derecho se conocen además, otros motivos .En general podemos decir que se apoyan desde el punto de vista subjetivo en la ninguna o escasa temibilidad que el sujeto revela; pero al mismo tiempo este fundamento puede descomponerse sistemáticamente en las siguientes especies a) Excusas en razón de móviles afectivos revelados ; b) Excusas en razón de copropiedad familiar (derogadas); c) Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela (derogadas); d) Excusas en razón de maternidad Consiente; e) Excusas en razón de interés social preponderante; y f) Excusas en razón de temibilidad específicamente mínima , revelada.¹¹⁰

Considera el autor antes mencionado que : **Las Excusas en razón de móviles afectivos revelados** . En nuestro derecho se aceptan estas excusas toda vez que la acción desarrollada por el sujeto acredita en el nula temibilidad, pues el móvil que lo guía a delinquir es respetable y noble : Las relaciones de familia , los lazos de la sangre , la comunidad del hombre familiar el afecto a una palabra , que ata entrañablemente a los hombres entre si , al mismo tiempo que el respeto a la opinión pública , que en cierto modo justifica al infractor que favorece a los de su propio linaje , o a los que ama

¹¹⁰ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. Op.cit pag.651-655

o respeta , lleven a el Estado a otorgar el perdón legal de la pena ; pues si la familia es una amistad de sangre que la naturaleza misma impone a los hombres , la amistad es una consanguinidad del espíritu que la sociedad y los hombres necesitan para subsistir .

Por otro lado considera el mismo jurista , es excusa absolutoria ocultar al responsable de un delito o los efectos , objetos o instrumentos del mismo o impedir que se averigüe, cuando no se hiciere por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso, siempre que se trate de: a) los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines; b) el cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cierto grado y por afinidad hasta el segundo; c) los que estén ligados con el delincuente por amor, gratitud, respeto o estrecha amistad, (Art. 15 Frac. IX del C.P. D.F.). Es una causa legal de no exhibición de otra conducta."

Por último, siendo delictuoso ocultar o sin la licencia correspondiente sepultar o mandar sepultar el cadáver de una persona a la que se haya dado muerte violenta o que haya fallecido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones; sin embargo, no se aplicara sanción a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio.(Art.280 Frac. C.P) Es causa también legal de no exigibilidad de otra conducta.

Señalada sanción por el delito de evasión de presos no se aplica dicha sanción a los descendientes, descendientes o cónyuge o hermanos del prófugo, ni a sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, pues están excluidos de toda sanción, excepto el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia, en las personas o fuerzas en las cosas

(Art.151 C.P). Se trata de una causal legal de no exigibilidad de otra conducta.

Por otro lado nos dice que las **Excusas en razón de Copropiedad familiar.**- En atención a estas el robo cometido a un ascendiente contra un descendiente suyo, o por éste contra aquél, no produce responsabilidad penal. (Art. 377 C. P Penal del DF. ya derogado).

Cabe hacer mención que el anterior precepto legal, a que hace referencia el autor, actualmente no se encuentra derogado, si mas bien ha cambiado de contenido, es decir, encontramos una hipótesis diversa, a la que se encontraba en la anterior legislación. Y actualmente ya no existe este tipo de excusas absolutorias en nuestro ordenamiento penal.

Ahora bien en cuanto a las **excusas en razón de la patria potestad o de la tutela.** Carrancá y Trujillo nos mencionan: los golpes dados y las violencias simples hechas en ejercicio del derecho de corrección no son punibles (Art. 347 C.P. D.F.). Las lesiones inferidas por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela y en ejercicio del derecho de corregir, no serán punibles si fueran las comprendidas en la primera parte del Art. 289 (que no pongan en peligro la vida y no tarden en sanar mas de quince días) y, además que el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia (Art. 294 C.P. D.F. ya derogado) .Este precepto concuerda con el consignado en la ley civil que impone que a las personas que tiene al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente (Art. 422 C.C.) y con el que reconoce que los que ejercen la patria potestad tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente (Art. 423 C.C.) : Además como la patria Potestad se pierde

con los malos tratamientos (Art. 444 Frac C.C.), durante el incidente respectivo puede decretarse el depósito de menores que se hallen sujetos a patria potestad o tutela y que fueren maltratados por sus padres o tutores (Art. 939 C.P.C). Cabe hacer mención, en cuanto al precepto legal marcado con el número 347 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, actualmente éste se encuentra derogado, así como también el artículo 294 del mismo ordenamiento legal, razón por la cual, ya no existen estas excusas absolutorias, a las cuales hacían alusión dichos preceptos. Y por cuanto hace a la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente, el actual artículo 423 del Código Civil Vigente en el Distrito Federal , ya no mencionan u ocupan el término "castigar" si no que únicamente dice: "...Tiene la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta a éstos de un buen ejemplo...."

Por último las **Excusas en razón de la maternidad consciente**.-No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación (art.333 C.P. DF.). En el último supuesto se trata de una causa legal de no exigibilidad de otra conducta.

"En ese sentido Francisco González de la Vega opina ¹¹¹, esta causa especial de impunidad, derogatoria de las reglas generales aplicables en los delitos culposos, se funda en la consideración de que, cuando la mujer, por sus simples negligencias o descuidos , sin intención dolosa , causa su propio aborto, resultaría absurdo reprimirla, por ser ella la primera víctima de su imprudencia al defraudarse sus esperanzas de maternidad. La frase "sólo

¹¹¹ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Op.Cit. Pag 421-422.

imprudencia de la mujer" es Oscura; su estrecha interpretación literal llevaría a la absurda conclusión de que, cuando en un aborto coexisten imprudencia de la mujer y de terceros, la una y los otros deben ser considerados como responsables en mi concepto, la interpretación adecuada es la de que la mujer no haya tenido ni la más remota intencionalidad en el aborto."

Jiménez de Asúa , escribe González de la Vega.- En el aborto consecutivo a violación , en que la interrupción del embarazo tiende a librar a la mujer de los terribles recuerdos de un bárbaro atropello hay una causa sentimental, hasta noble, pero egoísta, es decir, personal. Esta especie de aborto va transitada de una cuantiosa serie de motivos altamente respetables y significa el reconocimiento palmario del derecho de la mujer a una maternidad consentida.

"Excusas en razón del interés social preponderante.- Como consecuencia del interés social vinculado al derecho profesional o al ejercicio de una función Pública, siendo inculparable el no procurar por los medios lícitos que estén al alcance del sujeto impedir la consumación de los delitos que sepa van a cometerse o que se estén cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio en el Código Penal del DF. quedaron excluidas no obstante las personas que no pueden ser compelidas por las autoridades a revelar secretos que se les hubiere confiado en el ejercicio de su profesión o cargo (Art. 400 Frac VI C.P.D.F.) Reforma posterior suprimió este texto innecesario por cuanto está consignada la agravada sanción correspondiente al delito de revelación de secretos: cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios profesionales o técnicos, o por funcionario

o empleado público, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial (Art. 211 C.P.D.F.)¹¹²

Aquí cabe señalar, que por cuanto hace al cuerpo del delito de Revelación de secretos, actualmente se encuentra consignado en los numerales 210, 211, 211bis, ya que éste último precepto legal, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 7 de Noviembre de 1996, y entró en vigor al día siguiente de su publicación.

" Eduardo López Betancourt ¹¹³, **excusas en casos de injurias, difamación y calumnia.**- ésta se encuentra señaladas en el artículo 351 del Código Penal, que a la letra dice "Al acusado de difamación no se le admitirá prueba alguna para acreditar la verdad de su imputación, si no en dos casos:

I.- Cuando aquélla se haya hecho a un depositario o agente de la autoridad, o a cualquiera otra persona que haya obrado con carácter público, si la imputación fuere relativa al ejercicio de sus funciones, y

II.- Cuando el hecho imputado esté declarado cierto por sentencia irrevocable y el acusado obre por motivos de interés público o por interés privado, pero legítimo y sin animo de dañar.

En estos casos se librá de toda sanción al acusado, si probare su imputación". El artículo 354 en su párrafo tercero establece que: "Cuando la Queja fuere de calumnia, se permitirá el reo pruebas de su imputación y si está quedare probadas se librá a aquél de toda sanción," excepto cuando "exista una sentencia irrevocable que haya absuelto al calumniado del mismo

¹¹² Ibid. Pag. 656.

¹¹³ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op.Cit 270-271

delito que aquél le impute” (Art. 358). Ahora bien considera el propio autor, **excusas en razón de la temebilidad específicamente mínima, revelada respecto al robo-**, el Código Penal señala en el artículo 375 que cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia.

4.2.- ANALISIS DEL ARTÍCULO 321 BIS DEL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En seguida analizaremos, un estudio de éste precepto legal, haciendo una separación de sus elementos que lo conforman o integran, es decir, partiendo de su hipótesis; ya que ésta consagra una excusa absolutoria; así como también se hará una comparación entre el Código sustantivo vigente en el Distrito Federal con su similar del Estado de México ya que en este último de igual forma se encuentra consignada en su artículo 63 una excusa absolutoria con el mismo sentido Jurídico que la que se menciona el artículo 321 bis del Código Sustantivo en vigor en la Entidad¹¹⁴. El Artículo 321 Bis del Código Penal Vigente en el Estado de México que a la letra dice: “No se procederá contra quien culposamente ocasione Lesiones y Homicidio en agravio de un Ascendiente o Descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o Psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxilie a la Víctima.”

¹¹⁴ NAVARRETE RODRÍGUEZ David. Op. Cit. Pág.494.

“El precepto en comento recoge, indudablemente, una excusa absolutoria, al eximir de pena el resultado Típico ya materializado, pues el legislador al anular la Punibilidad de la conducta Típica, ésta anulando su carácter delictuoso. El maestro Raúl Carrancá y Trujillo, al comentar un precepto análogo al mismo, declara que contiene una excusa absolutoria en razón tanto de los móviles afectivos revelados como la ausencia de los medios delictuosos, proclamando que en ésta, como en las otras excusas de idéntica naturaleza a las que se refiere no hay temeridad alguna en el sujeto activo, pues el móvil que lo guía es respetable y notable.”

Su similar, es decir, el artículo 63 del Código Penal Vigente en el Estado de México que a la letra dice: “No se impondrá pena alguna a quién por culpa y con motivo del Tránsito de Vehículos en que viaje en compañía de su cónyuge, concubina, concubinario, ascendiente o descendiente consanguíneos y **Afines**, parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo, ocasione lesione u Homicidio a algunos o algunos de éstos.”

El anterior precepto legal fue adicionado por decreto de fecha 29 de Febrero del 2000.

Esta adición presenta una novedad en la ley sustantiva, cuando se ocasione lesiones y homicidio a quien por culpa y motivo de tránsito de Vehículos en que viaje en compañía de su cónyuge, concubina, concubinario, ascendiente o descendiente consanguíneos y **Afines**, parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo, no se le sancionará en forma alguna esta adición a la que hacemos referencia se

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

trata a la incursión de los parientes afines que en nuestra ley sustantiva en el Distrito Federal no se contempla dicho beneficio.¹¹⁵

En atención a los preceptos legales antes invocados, procederemos a dividir a todos y cada uno de sus elementos que lo conforman, de manera individual, estos, es expondremos tanto el concepto de lo que son las lesiones y el homicidio provocados u ocasionados por culpa.

Osorio y Nieto,¹¹⁶ expone: Por lo que se refiere a definición legal de Lesión y clase de Lesiones, es aplicable lo expresado en el punto anterior.

En relación a requisitos de Procedibilidad. El delito de Lesiones, cualquiera que sea su naturaleza, cometido culposamente, con motivo de tránsito de vehículos, es perseguible por querrela, siempre y cuando no se deje abandonada a la víctima y el indiciado no se hubiese encontrado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias Psicotrópicas.

El punto anterior al cual se refiere el maestro CÉSAR AUGUSTO OSORIO Y NIETO; sobre éste tema en particular y el cual trata en su estudio de la Averiguación previa, es el siguiente:

Los fundamentos legales específicos de la consignación por el delito de Lesiones culposas cometidas por Tránsito de vehículos son los artículos 8, 60, 288 y el correspondiente a la clase de Lesión, 289,290, 292, 293, todos ellos del Código Penal vigente en el Distrito Federal y los artículos 94,95,96,97,121 y 122 del Código de Procedimientos penales; el Cuerpo del delito se comprobará en términos generales con la Imputación, Inspección

¹¹⁵ GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco.Op.Cit.Pag 417.

¹¹⁶ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. La Averiguación Previa, sexta edición Ed. Porrúa Pag 271-284.

ministerial, la Fe de Lesiones; pericial medica que describa y Clasifique las lesiones, testimonial y confesional en su caso, dictamen en materia de tránsito terrestre de vehículos, inspección Ministerial del lugar de los hechos, Inspección del vehiculo, la probable responsabilidad se comprueba con los mismos elementos de convicción que sirvan para la comprobación de los elementos del cuerpo del delito, en especial con la declaración del Ofendido, testimonial y confesional, en su caso.

Diligencias básicas.-Todas las señaladas para el caso de lesiones intencionales, con las adecuaciones correspondientes a la presente hipótesis:

a) Si está presente el conductor o conductores, remitirlos de inmediato al Perito Médico Forense para efecto de que dictamine acerca de su estado Psicofísico.

b) Solicitud de peritos de Tránsito Terrestre de Vehículos.

c) Declaración de lesionado o lesionada.

d) Solicitar dictamen pericial del médico forense relativo a las lesiones.

e) La Fe ministerial de lesiones, del lugar de los hechos la Inspección de vehículos.

f) la Declaración de los testigos presenciales de los hechos si hubiere etc.

g) La Determinación si opero o no, alguna forma de libertad, se procederá a la ponencia de consignación ya sea con detenido o sin detenido.

Diligencias básicas y consignación , en el Homicidio Culposo por tránsito de vehículos.

El Fundamento legal de la ponencia de consignación para la hipótesis en examen. Son los artículos 8,60,302 y 303 del Código Penal Vigente en el Distrito Federal, y 94, 95, 96, 97, 105, 106, 121 y 122 del Código Procesal Penal Vigente en el Distrito Federal el cuerpo del delito se comprobará generalmente con la Inspección Ministerial y Fe de cadáver, Dictamen Pericial Médico que describa el cadáver, Inspección en el lugar de los hechos, Fe de vehículo, Dictamen pericial en Criminalística, Dictamen pericial en hechos de tránsito terrestre, la testimonial y confesional en su caso, Pericial medica respecto a la necropsopia, la Responsabilidad Penal se comprueba con los mismos elementos de convicción que comprueban el cuerpo del delito, en especial con la testimonial y confesional en su caso.

a) Remitir el conductor del vehículo al perito medico Forense para efecto de que dictamine, respecto al estado Psicofísico del presentado.

b) Practicar la Inspección Ocular y la Inspección Ministerial del vehículo y dar Fe de él.

c) Solicitar peritos en hechos de tránsito terrestre, etc.

d) La Determinación si opero o no alguna forma de libertad se procederá a la ponencia de consignación ya sea con detenido o sin detenido.

LA LESIÓN.- Es todo menoscabo de la salud o de la integridad corporal. Comprende tanto las enfermedades Somáticas como las Psíquicas, los defectos que provengan de ellas y la pérdida de una parte de la sustancia

corporal. Siendo el bien Jurídico tutelado y protegido por el tipo penal, la salud, Psíquica y mental, así como la integridad corporal.

El artículo 236 del Código Penal Vigente para el Estado de México, que a la letra dice: "Lesión es toda alteración que cause daños en la salud producida por una causa externa."

El artículo 288 del Código Penal Vigente en el Distrito Federal, que a la letra dice: "Bajo el nombre de Lesión se comprende no solamente las heridas, las excoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa".

Por cuanto hace a las lesiones estas se clasifican en Dolosas y Culposas, las **Dolosas** son aquéllas en las que el sujeto activo del ilícito se propuso cometerlas, obrando con dolo y conociendo el hecho típico a pesar de conocer y aceptar el resultado que la propia ley penal prohíbe. En ese sentido, al indicarse que obra intencionalmente el agente, ya que conoce el alcance de la prohibición de la ley, acepta su resultado cualquier que éste fuera. Las Lesiones **Culposas** son aquéllas, en las cuales el sujeto activo del hecho, no tuvo la intencionalidad o propósito de realizar o desplegar cierta conducta para lesionar al pasivo, esto sucede comúnmente en los accidentes automovilísticos, cuando el conductor por falta de precaución, impericia o negligencia, lesione a un trausente o a las demás personas que hayan involucrado el propio accidente o también que las lesiones se hayan realizado en el propio trabajo de las personas.

EL HOMICIDIO.- Consiste en la privación antijurídica de la vida del ser humano, cualquiera que sea su edad, raza, religión, etc., por lo que el Homicidio también puede ser de forma dolosa, culposa y preterintencional, es **doloso** cuando el sujeto activo del ilícito u homicida, tuvo la intención o propósito de matar a otra persona, dándose de esta forma el Homicidio Calificado, cuando se comete por cualquiera de las cuatro agravantes, como lo son. la Premeditación, la alevosía, la ventaja y la traición. Por otra parte se da el delito de Homicidio **Culposo**, cuando el sujeto activo no tuvo la intencionalidad de haber cometido su acción, es lo que sucede comúnmente en los accidentes de tránsito de vehículos automotores, en donde el conductor del vehículo responsable haya causado la muerte de alguna persona que se encontraba transitando en la calle, o bien, que con la persona que se haya impactado o chocado, resulte muerta o ya sea uno de sus acompañantes; o bien cuando se da por algún accidente de trabajo. Es preterintencional cuando la conducta desplegada por el activo va más allá de la intención que se propuso desde un inicio, es decir, para algunos autores es la mezcla del dolo y la culpa, por ejemplo, cuando se requiere lesionar a una persona con una piedra; pero al impactarse dicho proyectil en la cabeza del pasivo, hace que dicha persona pierda el conocimiento y caiga al suelo, impactándose su cráneo o nuca en el pavimento o cualquier objeto extraño de tal manera que la persona pierda la vida, esto, es que el activo está conciente de su acción, pero no acepta el resultado de ésta, que es propiamente el homicidio del pasivo, lo que únicamente quería el sujeto era lesionar al occiso con la piedra, pero no matarlo o que de alguna manera se produjera su muerte, en éste caso en particular el dolo es la acción

desplegada, como lo es el lanzar el proyectil, es culposo en cuanto a su resultado, y que es sancionado con pena intermedia entre el delito culposo y el delito doloso.

El artículo 241 del Código Penal en vigor para el Estado de México, establece: "Comete el delito de Homicidio el que priva de la vida a otro."

Por su parte el artículo 302 del Código penal Vigente en el Distrito Federal, que a la letra dice: "Comete el delito de Homicidio el que priva de la vida a otro."

Como podemos apreciar, tanto en las Lesiones como en el Homicidio, son delitos que se persiguen por querrela necesaria, excepto las que consagra el artículo 238 del Código Penal en Vigor en el Estado de México, que estén contempladas en el artículo 9 de la misma ley, como delito grave. Y por lo que hace su similar del Distrito Federal, se encuentran contempladas en los artículos 291,292,293, también como delito grave. En cuanto hace al Homicidio necesariamente se persigue de Oficio, es decir, que aquí no se necesita el consentimiento de los ofendidos, que en este caso lo son los familiares del propio occiso, pero la diferencia entre Homicidio Doloso, cuando se ha dado cualquiera de las agravantes de premeditación, alevosía, ventaja y traición, es considerado cómo homicidio agravado o calificado en ese sentido éste tipo de Homicidio no alcanza fianza, por ser un delito grave; y cuando estamos en presencia de un homicidio Culposo, aquí el sujeto activo si tiene derecho a gozar de su libertad, pagando su caución correspondiente.

Las lesiones y el Homicidio, que se ocasionen culposamente en agravio de un ascendiente, descendiente consanguíneo en línea recta:

cónyuge, concubino, hijos, padres, hermanos, adoptante o adoptado no serán penadas por la ley, de acuerdo a lo que prevé el propio artículo 321 bis del Código Penal Vigente en el Distrito Federal, es decir, que este precepto legal, indudablemente contiene una excusa absolutoria, **en razón de móviles afectivos revelados o lazos familiares** entre el sujeto activo y el o los pasivos, ya que ésta deja insubsistente la pena del activo, y por lo que hace a la conducta típica, antijurídica y punible si se da, pero ésta es despenalizada por la misma ley, esto es, que la conducta del activo encuadra perfectamente en la hipótesis antes señalada, el cuerpo del delito de lesiones y homicidio si existe, únicamente que dicha conducta no puede ser penalizada en virtud de que se esta en presencia de una excusa absolutoria como se acaba de mencionar, considerando desde luego, que la unión que existe entre el activo y el pasivo es de afecto y de parentesco, que en este caso lo es de consanguinidad.

Se considera que tanto los ascendientes, descendientes consanguíneo en línea recta: Cónyuge, concubino, hijos, padres, hermanos, adoptante o adoptado **así como los familiares por afinidad** se encuentran unidos al activo por lazos familiares y afectivos de amor, amistad, cariño, agradecimiento, etc., por tal motivo resultaría injusto que se penalizara la conducta de éste, lo cual trata de proteger la excusa absolutoria en mención. Ya que en ningún momento el conductor precisamente tiene la idea o el propósito de manejar e impactar su vehículo con otro automóvil o causare algún daño, siendo esto sus propios familiares o cualquier otra persona que se encuentre unida al conductor por afecto o cariño; si no mas bien el accidente surge a raíz de la falta de cuidado, pericia, o negligencia,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que en cierto momento pueda tener dicho activo, en nuestro derecho se aceptan las excusas toda vez que la acción desplegada por el activo es de nula temeridad, pues el móvil que lo guía a delinquir es respetable y noble.

Por cuanto hace a la unión libre o concubinato, éste se da como aquélla relación entre un hombre y una mujer, sin la celebración de un acto solemne de matrimonio, esto es, que se unen por voluntad propia, sin contraer necesariamente nupcias, lo cual produce durante cierto tiempo derechos y obligaciones para ambas personas, como lo establece propiamente el Código Civil de cada Estado de la República.

Por lo que al haber realizado un estudio minucioso de todos y cada uno de los elementos que integran el artículo 63 del Código Penal vigente en la entidad para el Estado de México, comparativamente con el Artículo en estudio que es el artículo 321 bis del Código Penal Vigente en el Distrito Federal; el Suscrito considera que indudablemente los dos preceptos legales citados, contienen una excusa absolutoria del mismo alcance y magnitud únicamente que en el primer numeral, considera que no se impondrá pena alguna al activo del evento social, por que se esta en presencia de un delito culposo, lo que quiere decir que el activo no desplegó su conducta tendiente a lesionar o matar a algún integrante de su propia familia, con el cual se haya viajado, lo cual lo excluye de responsabilidad penal alguna, puesto que así lo establece el artículo 63, ya que la unión que existe entre el activo y el pasivo o los pasivos del ilícito es en razón al parentesco de consanguinidad, civil y por afinidad. Por otro lado el Numeral 321 bis del que se realizo un estudio minucioso que consagra la misma excusa absolutoria en razón al parentesco de consanguinidad y civil que existe entre los participantes del evento

jurídico, es decir, éste numeral tiene un campo de aplicación de menor alcance del que se contiene en el artículo 63 ya que este numeral considera tanto el parentesco por consaguinidad, como el parentesco por afinidad, así como el colateral por consaguinidad hasta el cuarto grado lo que no sucede con el artículo 321 bis el cual se trata sea adicionado.

En ese orden de ideas, el Suscrito considera que el espíritu del Legislador del Distrito Federal, es poco atendible, en virtud de que si por un momento consideró despenalizar la conducta del activo del ilícito en razón del parentesco que lo une con él o de los pasivos del hecho antijurídico, no fue posible que ampliara su campo de aplicación y protección también con aquellas personas con las cuales el activo tenga parentesco por afinidad ya que de cierta forma éstos individuos se relacionan de una forma directa o indirecta con el activo y las cuales se pretende sean adicionadas al artículo 321 bis del Código Penal Vigente en el Distrito Federal.

Considero que la citada excusa que también debe de operar son aquellas personas que se encuentran unidas en razón de parentesco por Afinidad con el activo del ilícito, ya que dicho vínculo se da a través de la unión de dos personas ya sea en matrimonio o en concubinato siendo que las familias de estas pasan a ser familias afines a cada uno de los cónyuges o concubinos.

“El parentesco por afinidad”- El matrimonio es la fuente del parentesco por afinidad. Este llamado parentesco por afinidad(En el lenguaje corriente “Parentesco político”), imita al parentesco consanguíneo, existe un vínculo de parentesco entre cada uno de los cónyuges y los parientes del otro (yerno, nuera, cuñado, cuñada). Pero

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

este vínculo de parentesco entre afines, no es tan extenso como en el parentesco por consanguinidad. No establece una relación entre los afines de la mujer y los afines del marido de ésta, ni entre los afines del marido y de los de la mujer. Así no existe el derecho civil moderno relación jurídica entre los maridos de dos hermanas, ni entre las esposas de dos hermanos. Solo los consanguíneos de cada cónyuge adquieran parentesco con el consorte de éste."¹¹⁷

En resumen y a consideración del suscrito, solicito se adicione el artículo antes mencionado, las circunstancias que se plantean con anterioridad, siendo de tal manera que dicho artículo 321 Bis Vigente para el Distrito Federal quede de la Siguiete forma :

"No se procederá contra quien culposamente ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente, descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado y familiares por afinidad, salvo que el autor se encuentre bajo efectos de bebidas embriagantes, de estupefacientes o Psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxiliare a la víctima."

4.3.TAXATIVAS DE SOLUCIÓN.

El presente tema viene a ser la conformación de lo aducido en los capítulos anteriores, donde se ha dejado establecido primero que la pena, paso de ser inhumana e injusta, a ser mas justa y humana; por lo que la citada excusa absoluta debe de tener una sana aplicación y en beneficio

¹¹⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. Pag 443.



de las personas involucradas en los accidentes, como lo hemos mencionado; segundo que esta aplicación se dé en base a una adecuada reglamentación; tercero, que se considera benéfica, jurídica y socialmente su aplicación y ejecución, por lo tanto, sugiero que deben de observarse los anteriores puntos para un real efectivo cumplimiento de la citada excusa absolutoria. La cual debe desprenderse de lo establecido por el Código Penal, en el que ya en capitulo anterior se consideró viable la modificación con respecto a todo lo relativo al beneficio de dicha excusa absolutoria; así mismo, como consecuencia y en este orden de ideas debe establecerse las siguientes interrogantes a las que se les dará contestación para poder aplicar y ejecutar la excusa absolutoria de referencia.

¿A quién se le podrá aplicar dicho beneficio?

¿Quién va a aplicar este beneficio y desde que momento?

¿ A quién se le podrá aplicar dicho beneficio?

“Considero que las circunstancias a la que se ha hecho mención en el apartado anterior, sean tomadas en consideración por el legislador, para que sean adicionadas al artículo 321 Bis del Código Sustantivo en la materia, para que se extienda su ámbito de aplicación, y cuando sea necesario aplicar el citado artículo, se haga con justicia protegiendo los intereses y los lazos familiares, de amistad, o de gratitud; ya que de lo contrario, y si no se contemplaran las personas, que ya en repetidas ocasiones el mencionado numeral que se propone sea adicionado y modificado, y que efectivamente se produjera un accidente en donde por desgracia se ocasionara lesiones o la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de las personas involucradas en los accidentes, como lo hemos mencionado; segundo que esta aplicación se dé en base a una adecuada reglamentación; tercero, que se considera benéfica, jurídica y socialmente su aplicación y ejecución, por lo tanto, sugiero que deben de observarse los anteriores puntos para un real efectivo cumplimiento de la citada excusa absolutoria. La cual debe desprenderse de lo establecido por el Código Penal, en el que ya en capitulo anterior se consideró viable la modificación con respecto a todo lo relativo al beneficio de dicha excusa absolutoria; así mismo, como consecuencia y en este orden de ideas debe establecerse las siguientes interrogantes a las que se les dará contestación para poder aplicar y ejecutar la excusa absolutoria de referencia.

¿A quién se le podrá aplicar dicho beneficio?

¿ Quién va a aplicar este beneficio y desde que momento?.

¿ A quién se le podrá aplicar dicho beneficio?

“Considero que las circunstancias a la que se ha hecho mención en el apartado anterior, sean tomadas en consideración por el legislador, para que sean adicionadas al artículo 321 Bis del Código Sustantivo en la materia, para que se extienda su ámbito de aplicación, y cuando sea necesario aplicar el citado artículo, se haga con justicia protegiendo los intereses y los lazos familiares, de amistad, o de gratitud; ya que de lo contrario, y si no se contemplaran las personas, que ya en repetidas ocasiones el mencionado numeral que se propone sea adicionado y modificado, y que efectivamente se produjera un accidente en donde por desgracia se ocasionara lesiones o la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

muerte del pariente afin siendo en este caso el cuñado, la suegra, el suegro, y quien se penalizara el activo estando en estos supuestos, es decir, que el Ministerio Público Investigador, por razón de su cargo y atendiendo a este precepto legal, en donde no se contemplan a dichas personas o no las beneficia la citada excusa absolutoria, ejercitará la acción penal correspondiente en contra del activo, y realizara el correspondiente acuerdo de detención de dicho sujeto, y que posteriormente consignara dicha averiguación previa al Juez de Primer Grado o de Cuantía Menor, desde ese momento estaría provocando la ruptura de esa relación de parentesco afin y los lazos afectivos de amistad, al grado de producir entre éstos, sentimientos de odio y venganza y terminando de una manera tajante con ese vinculo de parentesco; y por lo tanto, el Juez competente que conozca del asunto, se veria en la necesidad y atendiendo a sus atribuciones, el poder dictar el auto Constitucional que procede, esto sería, Auto de Formal Prisión, Auto de libertad por falta de elementos para procesar con reservas de ley o Auto de sujeción a proceso en contra del probable responsable o sujeto activo del ilícito, ya sea por lesiones u homicidio culposo, cometido en agravio de su propio suegro, suegra, cuñado etc, por lo que el Juzgador una vez que se llevo a cabo el procedimiento penal, tiene que emitir su veredicto o sentencia definitiva, la que podrá ser condenatoria o absolutoria.

Por lo que propongo, y atendiendo a la necesidad de todas y cada una de las cuestiones a las que ya se ha hecho especial referencia, que deba ser adicionado el artículo en estudio las citadas Excusas Absolutorias, por las razones expuestas en este trabajo de tesis.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¿ Quién va a aplicar este beneficio y desde que momento?.

Ahora bien, una vez que se haya realizado la adición que se plantea al citado artículo 321 Bis, y atendiendo a que toda excusa absolutoria tiene que ser comprobada durante la secuela procesal, para que el sujeto activo del ilícito no se le aplique pena alguna, es decir, ya sea durante el término Constitucional, o bien durante la etapa de Instrucción, para que este se le pueda conceder dicho beneficio, y de tal manera no se pueda sancionar su conducta. Lo anterior sería mejor que para una sana impartición y administración de la justicia por los órganos estatales encargados de realizarla, que la citada excusa absolutoria que se ha estudiado deba de operar desde un principio, esto es, que el momento procesal oportuno para que opere dicho beneficio de este precepto legal se haga desde la etapa indagatoria o de averiguación previa, y que el Ministerio Público Investigador, en pleno uso de sus facultades como autoridad, decida sobre el no ejercicio de la acción penal en contra del activo, para que este de alguna forma no salga perjudicado; y así se pueda proteger los lazos de parentesco, que es lo máspreciado y sagrado de cualquier persona, aún y cuando se haya involucrado en un accidente, ya que resultaría absurdo reprimir al activo del delito, por ser éste la primera víctima de su imprudencia al defraudarse, ya sea como yerno, cuñado etc., qué otro dolor podría sentir en ese momento mas que un sentimiento de impotencia, sufrimiento, desolación al ser el causante de las lesiones o de la muerte de su familiar con el que tenga cierto vinculo e inclusive lo podría dejar al bordo de la locura, o traerle como consecuencia una lesión cerebral o emocional.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Estos accidentes automovilísticos o de otro tipo que surgen desafortunadamente, ya sea en periodo vacacional o normal, en donde el activo casi siempre viaja o esta en compañía de su familia y que por imprudencia ocasiona una tragedia familiar que puede ser de difícil reparación, no tanto por los daños materiales que provocó, si no por los daños sentimentales que destruyó y que no podrá reparar.

La forma en como se acreditará y comprobará durante la fase indagatoria, de que el activo y el pasivo o los pasivos son parientes afines será a través de la prueba documental, ya sea pública o privada, y en su caso ser apoyada con alguna testimonial, que haga creíble o verosímil dicha unión, a las cuales el Ministerio Público Investigador le deberá conceder pleno valor probatorio, suficiente para establecer dicha relación de parentesco por lo que otorgará el beneficio que se plantea y plasmarlo en su acuerdo, donde determine el no ejercicio de la acción penal del activo del evento, única y exclusivamente sobre este asunto, por lo que tendrá que archivar la averiguación previa que se había iniciado, dejando a salvo los derechos de terceros, y darle seguimiento a dicho asunto por las lesiones u homicidio que hubiere sufrido una tercera persona que no gozare de alguna excusa absolutoria.

De tal forma que el legislador con espíritu de justicia, preceptúe en el artículo 321 Bis del Código Penal Vigente en el Distrito Federal que “Al responsable del delito culposo que se ha planteado, no se le aplicará pena alguna, en razón de que se está en presencia de alguna excusa absolutoria por razón de los móviles afectivos revelados, con sus parientes por

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Afinidad", lo cual, confirmaría que en ningún momento la conducta desplegada por el sujeto activo, fue tendiente a provocar las lesiones o muerte de alguna de éstas personas; salvo que este se encuentre bajo los efectos de alcohol, drogas o enervantes, lo cual no lo beneficiaría de ninguna manera, únicamente por cuanto hace a ese delito, ya que dicha conducta sí es penalizada por el Propio Código que se invoca.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La excusa absolutoria que se contiene en el artículo 321 Bis del Código Penal Vigente en el Distrito Federal se encuentra fuera del margen de la realidad social , pues éste deja fuera o excluye a otros parientes o personas , como lo son los Parientes por Afinidad y los parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado con los que se tiene un estrecho vinculo y a los cuales también se les puede conceder el beneficio de la citada excusa absolutoria.

SEGUNDA.-La excusa absolutoria que se plantea en el presente trabajo de tesis, debe beneficiar al activo cuando exista con los pasivos y éste, un nexo de parentesco.

TERCERA.-Atendiendo especialmente a las circunstancias que se han analizado, deberá modificarse el artículo 321 Bis del Código Penal vigente en el Distrito Federal y ser adicionada la excusa absolutoria en mención.

CUARTA.-El momento procesal oportuno para que opere dicho beneficio de la excusa absolutoria en razón a los lazos afectivos revelados, debe de ser desde la fase indagatoria o de la Averiguación Previa, siempre y cuando estén plenamente demostradas las circunstancias especiales que se han estudiado en el presente trabajo de tesis.

QUINTA.- El Ministerio Público Investigador, al momento de resolver si procede o no el beneficio a favor del sujeto activo, deberá establecer y determinar claramente sobre el no ejercicio de la acción penal, dentro de las cuarenta y ocho horas que tiene para consignar o dejar en libertad al probable responsable, agotándose de forma inmediata dicho asunto; siempre

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

y cuando el activo no se encuentre bajo los efectos del alcohol o alguna otra droga o enervante, sin que medie prescripción médica, o que no haya auxiliado a la víctima.

SIXTA.-Son muchas e importantes las ventajas que presenta la aplicación real y jurídica de esta excusa absolutoria desde la etapa de Averiguación previa, pues ello evitaría el rompimiento del parentesco o los lazos que los unen al sujeto activo con el pasivo, y sin ser alarmistas hasta la separación de los cónyuges ya que provocaría algún mal, rencillas o rencores entre ellos, así como también que tengan que pagar gastos inútiles.

PROPUESTA.

Ahora bien, y tomando en consideración todas y cada una de las circunstancias a las cuales se ha hecho especial referencia en líneas anteriores, propongo se adicione el artículo 321 Bis del Código Penal Vigente en el Distrito Federal, la excusa Absolutoria por lazos revelados entre el sujeto activo del ilícito y el o los pasivos, cuando exista parentesco por Afinidad. Por lo que el numeral en comento deberá de quedar de la siguiente Forma:

"No se procederá contra quien culposamente ocasione lesiones u homicidio en agravio de un ascendiente, descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado y familiares por afinidad, salvo que el autor se encuentre bajo efectos de bebidas embriagantes, de estupefacientes o Psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxiliare a la víctima."

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

BIBLIOGRAFIA.

CARNELUTI, Francesco: *Derecho procesal penal y civil, volumen cuarto.* edit. Harla México 1997.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl: *Derecho penal Mexicano (parte general),* decimosexta edición. Porrúa México 1998.

CARRARA, Francesco: *Derecho Penal volumen tres* Edit. Harla México 1997.

CASTELLANOS TENA, Fernando: *Lineamientos elementales de Derecho Penal,* Vogésimotercera edición Porrúa 1986.

DAZA GOMEZ, Carlos J. Manuel : *Teoría General del Delito,* Primera Edición Edit. Cárdenas, México 1997.

DICCIONARIO JURÍDICO, Edit Espasa Calpe S.A 1998.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. Edit. Porrúa, México 1990.

GALINDO GARFIAS, Ignacio: *Derecho Civil, Séptima Edición* Edit Porrúa México 1985.

GARCIA RAMÍREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria: *Prontuario del proceso penal Mexicano, Sexta Edición* Edit. Porrúa. México 1991.

GONZALEZ DE LA VEGA,, Francisco: *Código Penal Comentado,* undécima edición . Editorial Porrúa México 1994.

GONZALEZ DE LA VEGA,, Francisco: *Derecho Penal Mexicano* vigésimo primera edición . Editorial Porrúa México 1994.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis: *Lecciones de Derecho Penal, Volumen siete* Edit. Harla México 1986.



JIMÉNEZ HUERTA, Mariano : Derecho penal Mexicano, sexta Edición Edit. Porrúa, México 1986.

LOPEZ BETANCOURT, Eduardo: Teoría del delito, Quinta edición Edit. Porrúa 1998.

MARTINEZ PICHAUDO , José: Lineamientos para la investigación Jurídica, cuarta edición Edit. Porrúa, 1998.

NAVARRETE RODRÍGUEZ, David: Comentarios Doctrinales, Jurisprudenciales y Legislativos al Código penal del estado de México, tomo uno Edit. Angel 1998.

OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, la Averiguación Previa Sexta Edición, edit. Porrúa 1992.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco: Comentarios de Derecho Penal Sexta Edición Edit. Porrúa 1989.

PORTE PETIT, Eugenio: Derecho Romano, Segunda Edición Edit. Porrúa 1985.

PONCE DE LEON ARMENTA, Luis Metodología del derecho cuarta edición, edit. Porrúa 1999.

RAÚL ZAFFARONI, Eugenio: Manual de Derecho Penal (parte general), primer reimpression edit. Cárdenas México 1991.

RIVERA SILVA , Manuel : El Procedimiento Penal Decimosexta edición edit. Porrúa.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis: Criminología, sexta Edición Edit. Porrúa 1989.

SOLER, Sebastián: Derecho Penal Argentino, segunda Edición argentina Buenos Aires 1985.

VILLALOBOS , Ignacio: Derecho penal Mexicano (parte General) quinta Edición Edit. Porrúa México 1993.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

134

WEZEL, Hans: Derecho Penal Alemán, Cuarta Edición Edit. Jurídica de Chile 1993.

Legislación

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. EDIT, PORRÚA. 1998.

CÓDIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MÉXICO, EDIT. SISTA 2000.

CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL, EDIT. SISTA. 2000.

CODIGO CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO EDIT, SISTA. 2000.

CODIGO CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL. EDIT. SISTA 2000.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

135